

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, como Parte Convocante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL**, como parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normativa vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE

La **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A.** sociedad legalmente constituida, en principio, por escritura pública No. 2335 de la Notaría 25 de Bogotá de fecha 1 de septiembre de 2006 inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el N° 01633083, identificada con el Nit 900.105.860-4, con domicilio en la ciudad de Bogotá y representada legalmente, por su Gerente General, señor **ANDRÉS ORTEGA RESK**.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA

La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo con el Decreto 4165 de 2011 y cuyo representante legal es el Presidente, señor **DIMITRI ZANINOVICH**.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

De conformidad con lo dispuesto en el auto de 24 de abril de 2017, se ordenó integrar el contradictorio por pasiva¹, con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL**, entidad especializada, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Transporte, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

En la cláusula 66 del Contrato 6000169 de "CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C." del 12 de septiembre de 2006, obra la cláusula compromisoria, que a la letra expresa:

"TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, cuya resolución no sea competencia del Amigable Componedor de acuerdo con lo señalado en este Contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen.

*El **Tribunal de Arbitramento** funcionará de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- b) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- c) Los árbitros decidirán en derecho.*
- d) El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto*

¹ "Ordenar la integración del contradictorio por parte pasiva, para lo cual se entenderá como Convocada dentro del proceso a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL - AEROCIVIL, para lo cual por secretaría se ordena realizar la notificación personal del auto admisorio de la demanda de fecha 1 de febrero de 2017 y de la presente decisión, y correr traslado de la demanda por el término de veinte (20) días hábiles de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley 1563 de 2012".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

e) La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas a arbitramento.

f) Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.”

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderado judicial, la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A.** presentó el día 9 de septiembre de 2016 la demanda arbitral con la que se dio inicio a este proceso.

3.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros realizada de común acuerdo por las partes, así: 1) el día 28 de septiembre de 2016, en reunión de designación de árbitros, fueron nombrados los doctores MARTHA CEDIEL DE PEÑA y ALEJANDRO VENEGAS FRANCO y mediante comunicación de fecha 24 de noviembre de 2016, se designó al doctor EDUARDO SILVA ROMERO. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 1 de febrero de 2017. En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- Mediante Auto No. 2 de esa misma fecha admitió la demanda y se ordenó correr traslado de ella por el término legal al extremo Convocado.

3.4.- La Convocada, en debida oportunidad, dio contestación a la demanda arbitral el 29 de marzo de 2017, en la cual formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas, objetó el juramento estimatorio y solicitó la integración del contradictorio vinculando a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL.**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

3.5.- Mediante Auto de 24 de abril de 2017, el Tribunal ordenó la integración del contradictorio vinculando como Convocada a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL**, en atención a lo dispuesto en la cláusula 60 del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre del 2006, el parágrafo 2º del artículo 1 del Decreto 4164 del 2011² y el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 4165 del 2011³. Dicha decisión se notificó personalmente al apoderado de la **AEROCIVIL**. Contra la decisión de vincular a la **AEROCIVIL**, la parte Convocante interpuso recurso de reposición y mediante providencia de 30 de mayo siguiente se denegó dicho recurso de reposición y se ordenó surtir nuevamente la notificación personal a la **AEROCIVIL**.

3.6.- La parte Convocante mediante escrito de 17 de julio de 2017 describió el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

3.7.- Mediante providencia de 27 de julio de 2017, el Tribunal tuvo por no contestada en tiempo la demanda arbitral por parte de la **AEROCIVIL**.

3.8.- Luego de que se señalara fecha y hora al efecto, el 9 de agosto de 2017, se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563, la cual fue suspendida por solicitud de las partes y se fijó como fecha para continuarla el día 7 de septiembre de 2017. Posteriormente, los apoderados de las partes solicitaron su aplazamiento y finalmente el día 15 de noviembre de 2017 se realizó su continuación, en la cual las Partes manifestaron que no fue posible lograr un acuerdo entre ellas, razón por la cual, mediante Auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos, cuyo pago fue realizado oportunamente y en su totalidad por la parte Convocante quien solicitó la expedición de la certificación prevista en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012.

² PARÁGRAFO 2o. Las contraprestaciones derivadas de los contratos de concesión a ser subrogados en virtud del presente decreto seguirán siendo recursos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

³ 8. El valor de los peajes, las contraprestaciones por el uso, gestión o explotación de la infraestructura de transporte, las tasas, derechos y multas que imponga y recaude, además de los ingresos que se generen por el desarrollo de los contratos que la Agencia ejecute. Lo anterior, con excepción de la contraprestación por el uso o explotación de áreas y la infraestructura portuaria de que trata la Ley 1º de 1991 que seguirán siendo recursos del Instituto Nacional de Vías (Invías) y de las respectivas entidades territoriales, así como de las contraprestaciones por el uso o explotación de las áreas de los aeródromos que seguirán siendo recursos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

4.1.- El 7 de diciembre de 2017, se surtió la primera audiencia de trámite en cuyo desarrollo, después de estudiar el alcance del pacto arbitral en cuanto a la materia y en cuanto a la capacidad de los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal se declaró competente para asumir y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento. Las Convocadas interpusieron recurso de reposición contra el auto mediante el cual se asumió competencia, respecto del cual el Tribunal no admitió los argumentos planteados por las recurrentes.

4.2.- Una vez resueltos los recursos de reposición contra el auto mediante el cual se asumió competencia para decidir el litigio sometido a su conocimiento, procedió el Tribunal a abrir a pruebas el proceso, mediante providencia a través de la cual decretó la totalidad de las pruebas oportunamente solicitadas por las partes.

4.3.- En el desarrollo del proceso fueron tenidas como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes en la demanda y en la contestación de la misma. Fueron practicados a solicitud de la parte Convocante los testimonios de **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA** y **OSCAR ROSERO**, y de oficio se practicó el testimonio de **ALVARO MAURICIO DURÁN**.

También fueron decretados como pruebas de oficio los siguientes documentos: a) El informe de interventoría CONSORCIO JFA-A&C de fecha 24 de julio de 2017, para lo cual se ordenó a la parte Convocante que lo aportara hasta el día 22 de enero de 2018 y b) Copia auténtica de los contratos de fiducia celebrados con ocasión del Contrato de Concesión No 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, para lo cual se ordenó a las partes para que los aportara hasta el día 22 de enero de 2018, los cuales fueron agregados al expediente.

Por último, se decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial en Ingeniería el cual se rindió por el perito **LUIS ORLANDO MUÑOZ**, respecto del cual la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** solicitó audiencia de contradicción la cual se realizó el día 10 de abril de 2018.

4.4.- Agotada la instrucción del proceso, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 10 de mayo de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 7 de diciembre de 2017, por lo cual el término de duración del proceso, que inicialmente fue de seis (6) meses, debía vencer el 7 de junio de 2018.

El proceso ha estado suspendido por un término de 53 días hábiles por solicitud de las partes, entre el día 24 de abril de 2018 y el 9 de mayo de 2018, ambas fechas inclusive y entre los días 11 de mayo de 2018 y 10 de julio de 2018, ambas fechas inclusive.

Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso deben agregarse los 53 días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 6 de agosto de 2018, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERA: *Que se DECLARE que, salvo los sub proyectos de los hitos 7, 7B y 8, que fueran objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169 Ok; reprogramación pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016; todas las demás obras de esa Etapa fueron cumplidas por OPAIN.*

"SEGUNDA: *Que se DECLARE que, en virtud de lo pactado en la "CLÁUSULA 24.- PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN" del mismo Contrato de Concesión No. 6000169 OK, durante todo el término de extensión de la Etapa de Modernización y Expansión pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, OPAIN debería depositar en la subcuenta de excedentes a favor de la Aerocivil el 4% de sus ingresos regulados y no regulados, sin consideración a lo que ha sido hasta ahora la ejecución y cumplimiento de todas las demás obras de esa Etapa y sin consideración, tampoco, a que, de conformidad con la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

reprogramación acordada para las obras pendientes, estas se van a ir ejecutando y cumpliendo por OPAIN según la ANI, la AEROCIVIL y AVIANCA se lo vayan permitiendo.

TERCERA: *Solicito que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y con fundamento en la función que cumple la referida cláusula 24 del Contrato de Concesión, el principio de proporcionalidad, la equidad y la aplicación analógica de la ley; se le dé aplicación a los artículos 1596 del Código Civil, 867 del Código de Comercio y a la Ley 80 de 1993, reduciendo proporcionalmente el descuento del porcentaje del 4% de los ingresos regulados y no regulados, pactado en la cláusula 24 del contrato, durante la ejecución del Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, es decir a partir del 1 de febrero de 2017 y hasta que se termine la Etapa de Modernización y Expansión; reducción que deberá responder a un porcentaje que represente lo que falta del cumplimiento de la obligación principal."*

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

"

- 1º.- Mediante Resolución No. 5197 de 2005, la AEROCIVIL ordenó la apertura de la Licitación Pública 5000091 OL, para la "Expansión y Modernización del Aeropuerto Internacional El Dorado - Fase 1", cuyo objeto fue seleccionar la propuesta más favorable para la celebración del Contrato de Concesión para que el Concesionario realizara, por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de la AEROCIVIL.*
- 2º.- Cumplidos los trámites previstos, y de conformidad con la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 de 1993, mediante Resolución No. 3500 de 2006, la AEROCIVIL adjudicó a OPAIN el Contrato de Concesión No. 60001690K de 2006, para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

3º.- *El 12 de septiembre de 2006, la AEROCIVIL y OPAIN suscribieron el Contrato de Concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C., que estipuló, entre otras, las siguientes cláusulas.*

"CAPÍTULO I – PARTE GENERAL

CLÁUSULA 1 DEFINICIONES

Para la adecuada interpretación de este Contrato, siempre que los siguientes términos aparezcan en Mayúsculas Iniciales y negrilla, tendrán el significado que se les atribuye a continuación. Los términos definidos en singular, incluyen su acepción en plural cuando a ella hubiere lugar, y aquellos definidos en género masculino incluyen su acepción en género femenino cuando a ello hubiere lugar. Los términos que no sean expresamente definidos, deberán entenderse de acuerdo con el sentido que les confiera el lenguaje técnico respectivo o por su significado y sentido naturales y obvios, de conformidad con su uso general.

1.33 Contraprestación

Se entenderá como el monto que debe pagar el Concesionario a Aerocivil en virtud de los derechos que adquiere como consecuencia del Contrato de Concesión en los términos establecidos en la CLÁUSULA 60 del presente Contrato de Concesión.

(...)

1.70 Ingreso Bruto

Es la suma de todos los Ingresos Regulados e Ingresos no Regulados causados a favor del Concesionario como consecuencia de la Explotación Comercial del Aeropuerto. (...)

1.71 Ingresos no Regulados

Son aquellos ingresos en dinero –o en especie susceptible de ser valorada en dinero– percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real como contraprestación de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados. En general, los Ingresos no Regulados se encuentran constituidos por todos aquellos ingresos percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, distintos de los Ingresos Regulados.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

1.72 Ingresos Regulados

*Son aquellos percibidos por el Concesionario en aplicación de la Estructura Tarifaria.
(...)*

CLÁUSULA 2.- OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de Aerocivil.

Aerocivil concede por medio de este Contrato al Concesionario la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada, por el tiempo de ejecución del Contrato, para que sea destinado a la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, y se obliga a ceder al Concesionario el derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, según se definen en el presente Contrato .(Subrayo)

El Concesionario, por otra parte, se obliga a llevar a cabo todas las obligaciones previstas en este Contrato, entre otras, la Administración, Modernización y Expansión (incluida la elaboración de los diseños), Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Área Concesionada del Aeropuerto y el recaudo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el presente Contrato. Así mismo, el Concesionario se obliga a pagar a la Aerocivil una Contraprestación en los plazos y cantidades que se determinan en este mismo Contrato.

La Seguridad Aeroportuaria en el Área Concesionada estará a cargo del Concesionario con el alcance y dentro de los límites previstos en la CLÁUSULA 44 de este mismo Contrato de Concesión.

La Concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radioayudas aéreas, incluidas las radio ayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. Aerocivil se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta.

La Concesión tampoco incluye la responsabilidad que se derive por la Seguridad Aérea en el Aeropuerto, pues ésta estará a cargo de Aerocivil.

La remuneración del Concesionario será aquella que éste perciba como consecuencia de la cesión de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, en los términos previstos en el presente Contrato. Por lo tanto, no habrá lugar a reconocimientos o pagos adicionales a la cesión del derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados prevista de manera expresa en el Contrato de Concesión por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario. (Subrayo)

Las partes reconocen y aceptan que las actividades de Administración, Modernización y Expansión, Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Aeropuerto suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente Contrato. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte asumirá, por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de éstas mediante el Contrato.

*En la medida de lo posible, y dentro del marco de la ley y de las estipulaciones de este Contrato, las Partes propenderán por el desarrollo del Aeropuerto como un centro de conexiones (Hub) de tráfico aéreo, que interactúe con aerolíneas estratégicas.
(...)*

CLÁUSULA 6.- VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO

El valor efectivo de este Contrato corresponderá al valor del Ingreso Bruto del Concesionario durante el plazo total de vigencia de la Concesión.

Para efectos fiscales el valor de este Contrato es indeterminado, pero determinable.

Se entiende que el valor efectivo que recibirá el Concesionario de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 55 de este Contrato, remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos– de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato incluyendo todos los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del Contrato, y todas las obligaciones que emanan del mismo, así como los costos de financiación, el retorno del capital, las utilidades del Concesionario y los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Concesionario, aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Aeropuerto.

Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del Concesionario de elaborar sus propios estudios y diseños para la realización de las Obras de Modernización y Expansión, los aportes a la Subcuenta de Interventoría, los aportes a la Subcuenta de Amigable Composición, el pago de la Comisión de Éxito, el pago al ganador del Concurso Arquitectónico, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa Previa, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa de Modernización y Expansión y durante la Etapa Final, los gastos financieros y administrativos directos e indirectos y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos comerciales, de demanda, de tráfico, de construcción, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos, de devaluación y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de Aerocivil.

Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio por parte de Aerocivil de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este Contrato, sobre la remuneración a que tendría derecho el Concesionario por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al Concesionario con recursos distintos de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por Fuerza Mayor o Caso Fortuito cuando quiera que estos correspondan a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral 9.3 de la CLÁUSULA 9; (ii) Obras Complementarias señaladas en la CLÁUSULA 34 de este Contrato; (iii) Pagos de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales 57.1 y 57.2 de la CLÁUSULA 57 de este Contrato; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de Seguridad Aeroportuaria,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los Ingresos Brutos del Concesionario del semestre inmediatamente anterior y Aerocivil elija la opción contenida en el subnumeral 2 del numeral 44.7.2 de la CLÁUSULA 44 de este Contrato.
(...)*

CLÁUSULA 10.- OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO

El Concesionario será responsable de la ejecución completa y oportuna del Contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus apéndices y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el Concesionario deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo, tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, en otras cláusulas del presente Contrato o en los documentos que lo integran, y las que se desprendan de su naturaleza:

(...)

m.- Realizar, por su propia cuenta y riesgo, las Obras de Modernización y Expansión contempladas en el presente Contrato de Concesión y en su Apéndices, de conformidad con lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en el propio Contrato de Concesión. El plazo para su ejecución señalado en el Cronograma de Obras, así como la calidad, funcionalidad y estabilidad de las Obras de Modernización y Expansión, serán consideradas como obligaciones de resultado en los términos previstos en el presente Contrato de Concesión.

(...)

jj. - Acatar y cumplir las decisiones tomadas por el Tribunal de Arbitramento de conformidad con la cláusula 66 del presente Contrato.

CAPÍTULO IV – ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN

CLÁUSULA 24.- PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN

La Etapa de Modernización y Expansión tiene una duración estimada de sesenta (60) meses, contados a partir del momento de la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión. Sin embargo, el plazo efectivo de la Etapa de Modernización y Expansión, será aquel que efectivamente transcurra entre la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Expansión y la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Independientemente de la causa que diera origen al Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, imputable o no al Concesionario o a Aerocivil, o debida a Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante ese período, serán depositados en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil durante la totalidad del Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Por lo tanto, si por cualquier causa, imputable al Concesionario, a Aerocivil o constitutiva de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se produjera un Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados, no hará parte de la remuneración del Concesionario y será depositado directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Estas sumas no serán transferidas a la Subcuenta Principal, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las Obras de Modernización y Expansión y suscribirse el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Lo anterior, sin perjuicio de las consecuencias de eventuales incumplimientos para las partes, en especial, de ser el caso, de las sanciones que puedan llegar a ser aplicadas al Concesionario como consecuencia del incumplimiento del Cronograma de Obras, de conformidad con lo establecido en el numeral 63.6 de la CLÁUSULA 63 y en la CLÁUSULA 64 del presente Contrato y de las facultades de Aerocivil contenidas en la CLÁUSULA 68 y en la CLÁUSULA 69.

La disminución de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados del Concesionario durante el Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución, extinción o novación de las obligaciones del Concesionario y por lo tanto éste continuará con la obligación de entregar a Aerocivil las Obras de Modernización y Expansión en las condiciones y calidades previstas en el presente Contrato de Concesión.

Durante la Etapa de Modernización y Expansión las partes cumplirán las obligaciones que para esta Etapa de Modernización y Expansión se establecen de manera especial en el presente capítulo, sin perjuicio del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que, sin encontrarse contenidas en el presente capítulo resulten aplicables durante la Etapa de Modernización y Expansión de acuerdo con los términos establecidos en el presente Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Durante la Etapa de Modernización y Expansión el Concesionario deberá ejecutar todas las actividades de Administración, Operación, Explotación Comercial, Modernización y Expansión y Mantenimiento que resulten aplicables de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.

**CLÁUSULA 25.- ACTA DE INICIO DE LA ETAPA DE
MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN**

Cumplidos los requisitos señalados en la CLÁUSULA 16, CLÁUSULA 17, CLÁUSULA 19, CLÁUSULA 20, CLÁUSULA 21, CLÁUSULA 22 y CLÁUSULA 23 del presente Contrato de Concesión, las partes suscribirán el Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión y darán inicio a la Etapa de Modernización y Expansión.

En el Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión se señalará que las Obras de Modernización y Expansión a que se refiere el presente Contrato de Concesión y sus Apéndices, serán ejecutadas íntegramente por el Concesionario, de conformidad con lo previsto en el presente Contrato, en cuanto a especificaciones técnicas, calidades y plazos.

CLÁUSULA 26.- DISPOSICIÓN DE ÁREAS PARA LAS OBRAS

26.1.- Solicitud de Restitución de los Inmuebles

El Concesionario deberá realizar todas las actividades previstas en los Contratos Cedidos para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión. En virtud de lo anterior, el Concesionario efectuará las comunicaciones que deban ser realizadas a los contratantes de los Contratos Cedidos, en el plazo y en la forma prevista en los Contratos Cedidos y/o en las normas aplicables, de tal manera que las áreas ocupadas por los inmuebles objeto de los Contratos Cedidos, se encuentren disponibles para el cumplimiento de los plazos previstos en el Cronograma de Obras. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de realizar cualquier otra actividad prevista en los Contratos Cedidos o en la ley aplicable, para obtener la restitución de los inmuebles objeto de los Contratos Cedidos.

En aquellos contratos que sean suscritos por el Concesionario para la Operación o la Explotación Comercial del Área Concesionada, éste deberá incluir las estipulaciones necesarias para que las áreas objeto de tales contratos se encuentren disponibles para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión en los plazos previstos en el Cronograma de Obras. La no inclusión de tales estipulaciones, o la adopción de esquemas contractuales que las haga ineficaces o

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

inaplicables, hará responsable al Concesionario por la demora en la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión y por lo tanto, se causarán las multas previstas en el numeral 63.6 de la Cláusula 63, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en el presente Contrato de Concesión.

26.2.- Ocupaciones de Hecho

*En el evento que el Concesionario haya desplegado todas las actividades previstas en los Contratos Cedidos o en los contratos suscritos por éste para la Operación o Explotación Económica del Área Concesionada, de conformidad con lo señalado en el numeral **iError! N o se encuentra el origen de la referencia.** anterior, y las áreas requeridas para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión continuaran estando ocupadas por terceros diferentes del Concesionario, sin título para efectuar tal ocupación y sin que medie dolo o culpa del Concesionario, éste deberá notificar a Aerocivil de tales hechos, por lo menos dos (2) meses antes del inicio del plazo para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión correspondientes, de acuerdo con lo señalado en el Cronograma de Obras.*

Aerocivil, en su calidad de autoridad aeronáutica nacional, encargada de garantizar el desarrollo aeroportuario de Colombia, adoptará las medidas que sean pertinentes, a fin de obtener la restitución de los espacios ocupados.

En el caso que los espacios ocupados no hubieren sido restituidos para el inicio del plazo previsto en el Cronograma de Obras para la ejecución de la Obra de Modernización y Expansión correspondiente, dicho plazo será suspendido hasta tanto se obtenga la restitución del área correspondiente, sin que ello genere responsabilidad para el Concesionario o para Aerocivil.

**CLÁUSULA 27.- EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE
MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN**

Las Obras de Modernización y Expansión corresponden a aquellas obras de construcción, rehabilitación o remodelación que se describen de manera expresa en el Apéndice D del presente Contrato de Concesión, y que deberán ser ejecutadas por el Concesionario con la calidad y de acuerdo con especificaciones contenidas en dicho Apéndice D y en los demás apéndices y estipulaciones de este Contrato que resulten aplicables.

Aunque el plazo estimado de la Etapa de Modernización y Expansión sea de sesenta (60) meses contados a partir de la fecha de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión, cada una de las Obras de Modernización y Expansión tendrá un plazo particular para su ejecución, de conformidad con lo señalado en el Cronograma de Obras y, por lo tanto, el Concesionario deberá ejecutar las Obras de Modernización y Expansión dentro de los plazos previstos para cada una de éstas. El incumplimiento de cualquiera de los plazos previstos en el Cronograma de Obras, dará lugar a la causación de multas en los términos señalados en el numeral 63.6 de la Cláusula 63, del presente Contrato de Concesión.

27.1.- Puesta en Servicio de las Obras

Las Obras de Modernización y Expansión que sean concluidas por el Concesionario y aceptadas por el Interventor y por Aerocivil, serán puestas al servicio de los Pasajeros, Explotadores de Aeronaves y demás usuarios del Aeropuerto. A partir de la fecha de recibo de cualquiera de las Obras de Modernización y Expansión por parte del Interventor y de Aerocivil, el Concesionario estará en la obligación de iniciar las actividades de Mantenimiento sobre dicha obra, en los términos de las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento, Apéndice G del presente Contrato de Concesión. Igualmente, de ser el caso y a partir de la misma fecha, el Concesionario incluirá la Obra de Modernización y Expansión recibida dentro de las actividades de Administración, Operación y Explotación Comercial.

27.2.- Verificación de las obras

Para el recibo de las Obras de Modernización y Expansión, el Concesionario entregará a Aerocivil y al Interventor, antes del vencimiento del plazo máximo previsto para la culminación de cada una de las Obras de Modernización y Expansión, la descripción técnica de la Obra de Modernización y Expansión a ser entregada, con la información contenida en el numeral 36.1 de la Cláusula 36 del presente Contrato de Concesión, la cual deberá estar actualizada para el momento de la terminación de la obra.

Una vez entregada la descripción técnica de la Obra de Modernización y Expansión, Aerocivil y el Interventor tendrán un plazo máximo de veinte (20) Días para aprobar la Obra de Modernización y Expansión y/o para formular las solicitudes de corrección o complementación de las obras si no cumplen con las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión o con las Especificaciones Técnicas de Diseño, o con cualquier otra estipulación de este Contrato, sus anexos o Apéndices.

Si el Interventor y Aerocivil manifiestan su conformidad con las Obras de Modernización y Expansión ejecutadas por el Concesionario, o si guardan silencio por el término establecido en el inciso anterior, el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Concesionario, el Interventor y Aerocivil, procederán a la suscripción del Acta de Verificación de las Obras de Modernización y Expansión correspondientes.

CLÁUSULA 55.- REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

La remuneración del Concesionario estará compuesta –únicamente– por el recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que le han sido cedidos en virtud del presente Contrato de Concesión.

La suma resultante del recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, remunera integralmente las obligaciones asumidas por el Concesionario con ocasión del presente Contrato de Concesión y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de Administración, Operación, Modernización y Expansión, Explotación Comercial y Mantenimiento, y el pago de la Contraprestación a Aerocivil deberán ser asumidas por el Concesionario, sin que se requiera de pagos o compensaciones por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario.

El recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, también remunera la asunción de los riesgos a que se refiere de manera expresa la CLÁUSULA 12 y todos aquellos otros riesgos que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este Contrato, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la remuneración del Concesionario, no afectarán la Contraprestación a Aerocivil ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario.

Lo previsto en los tres incisos anteriores se entiende sin perjuicio de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio, por parte de Aerocivil, de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este Contrato, sobre la remuneración a que tendría derecho el Concesionario por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al Concesionario con recursos distintos de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por Fuerza Mayor o Caso Fortuito cuando quiera que estos correspondan a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral 9.3 de la CLÁUSULA 9; (ii) Obras Complementarias señaladas en la CLÁUSULA 34 de este Contrato; (iii) Pagos de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

57.1, 57.2 y 57.3 de la CLÁUSULA 57 de este Contrato; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de Seguridad Aeroportuaria, siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los Ingresos Brutos del Concesionario del semestre inmediatamente anterior y Aerocivil elija la opción contenida en el subnumeral 22 del numeral 44.7.2 de la CLÁUSULA 44 de este Contrato.

Este Contrato de Concesión no supone una garantía de rentabilidad a favor del Concesionario y por lo tanto, el recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados durante la vigencia del presente Contrato de Concesión, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el Concesionario, así como los costos financieros, operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el Concesionario para el desarrollo del Proyecto, incluido el pago de la Contraprestación a Aerocivil.

*Este Contrato no supone una garantía de flujo de caja mínimo para el Concesionario, pues su remuneración depende del recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados. Por lo tanto, las variaciones positivas y negativas en el flujo de caja del Concesionario serán parte de los riesgos asumidos con ocasión del presente Contrato.
(...)”*

**HECHOS REFERIDOS A LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO PARA EXTENDER
LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN**

Las modificaciones al Contrato de Concesión, relacionadas con el plazo de duración de la Etapa de Modernización y Expansión y su cronograma de obras, se encuentran incorporadas en los respectivos Otrosíes, cuyo objeto se sintetiza a continuación:

4º.- OTROSÍ No. 2, SUSCRITO EL 12 DE NOVIEMBRE DE 2009:

Este Otrosí, de conocimiento público, fue el celebrado para acordar no ejecutar obras relacionadas con el refuerzo sísmico de la Terminal Antigua y sus muelles norte y sur, de la torre de control y del procesador central de esa terminal, y las demás asociadas, para ser sustituidas por las de demoler la Terminal Antigua, ante la inminencia de la afectación grave de la prestación del servicio público en el Aeropuerto, y construir una nueva.

5º.- OTROSÍ No. 3, SUSCRITO EL 24 DE FEBRERO DE 2010:

Celebrado, entre otras, para establecer el nuevo Cronograma de la Etapa de Modernización y Expansión, en total, 8 Hitos, y el procedimiento para lograr un acuerdo sobre el valor y forma de pago del "Delta de Inversión", derivado del acuerdo relacionado con la demolición y reemplazo de la Terminal Antigua.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

6º.- OTROSÍ No. 6, SUSCRITO EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2011:

Se suscribió para excluir la construcción de la torre de control, dada la decisión de la Aerocivil de contratar directamente sus estudios, diseños y construcción; reprogramar algunas obras mientras la Aerocivil adoptaba algunas decisiones relacionadas con su construcción y con la operación del aeropuerto.

7º.- OTROSÍ Nos. 7 y 9, SUSCRITOS EL 8 DE MAYO DE 2012:

En desarrollo de lo acordado en el Otrosí No. 3, frente al "Delta de Inversión", las partes suscribieron este documento el cual, entre otros, incluyó el valor, forma y requisitos de pago del "Delta de Inversión", en sus componentes (CAPEX, OPEX y porcentaje adicional de Ingresos a favor de la AEROCIVIL); los ajustes para el fondeo de la Subcuenta de Interventoría en el Fideicomiso y una adición del Hito 7A, al Cronograma de la Etapa de Modernización y Expansión.

En efecto, en este Otrosí tuvo en consideración que la Aerocivil tenía en trámite la solicitud de modificación de la licencia ambiental ante la ANLA, para que le se permitiera operar la pista sur las 24 horas del día -sin haberla obtenido-, y que la Aerocivil decidió privilegiar las obras de repavimentación de la Pista Sur a cargo del Concesionario CODAD; impidiéndole a OPAIN -para no afectar la operatividad del aeropuerto- trabajar en las obras de la Etapa de Modernización y Expansión de la pista norte, correspondientes a "Expansión de Bahías de Espera", "Superficies de Protección Antierosión por Chorro de Turbina en Cabecera Pista Norte".

8º.- OTROSÍ No. 8, SUSCRITO EL 15 DE JUNIO DE 2012:

A través de este OTROSÍ, las partes acordaron:

- 8.1.** *Modificar el Área Concesionada para (i) incluir algunas áreas entregadas por la AEROCIVIL al Ministerio de Defensa, que habían impedido la demolición del Terminal de Carga Nacional Este, a cargo del Concesionario como una Obra de Modernización y Expansión; y (ii) excluir del Área Concesionada, las áreas requeridas por la AEROCIVIL para el desarrollo de su obra asociada a la Nueva Torre de Control y CGAC.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

8.2. *Reprogramar y modificar las obras correspondientes a los Hitos 5, 6, 7 y 8.*

Sobre la Demolición del Terminal de Carga Nacional Este, como Obra de Modernización y Expansión del Hito 6, se trasladó al Hito 7.

Sobre las obras del Hito 6A, se indicó que (i) el Concesionario entregaría el cronograma de detalle de la Expansión de Bahías de Espera y Superficies de protección Anti-erosión por Chorro de Turbina en Cabecera Pista Norte; y (ii) que la fecha prevista en el Numeral 21.2 de la Cláusula 21 del Contrato de Concesión, para la presentación de los diseños de detalle, no será aplicable para la obra relacionada con la Reubicación de Báscula para Aeronaves, fijando para ello una fecha cierta (3 de febrero de 2012).

Sobre el nuevo Hito 7A, se acordó que la fecha prevista en el Numeral 21.2 de la Cláusula 21 del Contrato de Concesión, para la presentación de los diseños de detalle, no sería aplicable para la obra que compone este hito, fijando para ello un plazo de 2 meses a la fecha en que la AEROCIVIL le entregara al Concesionario el Diseño de Cargas y Alimentación de la Nueva Torre de Control (incluido su Diseño Unifilar).

9º.- *OTROSÍ No. 10, SUSCRITO EL 5 DE MAYO DE 2014:*

Se reprogramó la fecha de ejecución de la obra del Hito 7 A; se incorporó la forma del pago de las Obras Complementarias asociadas a la misma, que fueron solicitadas por la AEROCIVIL, quien en diciembre de 2013 acordó con el Concesionario su valor y las áreas requeridas para ejecutar su obra – de la Aerocivil- relacionada con la Calle Mike 2.

10º.- *LA SUBROGACION DEL CONTRATO A LA ANI*

En virtud de los Decretos 4164 y 4165 de 2011, se ordenó la subrogación del Contrato de Concesión de la AEROCIVIL a favor de la ANI.

Mediante la Resolución No. 7072 del 18 de diciembre de 2013, la AEROCIVIL inició el proceso de subrogación señalando, entre otras, que esa subrogación se perfeccionaría con la suscripción del Acta de Entrega y Recibo, suscrita entre la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

AEROCIVIL y la ANI, documentos que fueron comunicados a OPAIN el 2 de enero de 2014.

Dentro de los aspectos más importantes previstos en el Acuerdo Tercero del Acta de Entrega, con la cual se perfeccionó la subrogación, relacionados con las Obras de Modernización y Expansión, se resaltan los siguientes:

- a. El Aeropuerto "... no cuenta con Permiso de Operación de la Pista Sur por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, para que pueda operar sin restricción las 24 horas... Se deja constancia que este trámite continuará en cabeza de la AEROCIVIL". (Negrilla fuera de texto)*
- b. Se aclara que "... la obligación del suministro, instalación y puesta en funcionamiento del cableado de las luces de la Pista Norte, incluyendo el eje de la pista, del Aeropuerto Internacional Eldorado; seguirá en cabeza de la AEROCIVIL, toda vez que es una contingencia judicial de un Laudo Arbitral de noviembre de 2006, en una controversia suscitada entre la Aerocivil y el Concesionario CODAD S.A.".*
- c. Se señalaron los subproyectos que, a la fecha de subrogación, se encontraban suspendidos por la AEROCIVIL, a saber: "nivelación de franjas pista norte", "resas pista norte", "superficies de protección antierosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase I", "superficies de protección antierosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase II", "expansión de bahías de espera de la pista norte fase 2", "construcción, instalación y puesta en funcionamiento del banco de ductos, cableado y nueva subestación para la nueva torre de control".*
- d. Se dejó constancia que a la fecha de la suscripción del Acta de Entrega, "no se determinado una eventual fecha para que se pueda proceder con la demolición de la torre de control existente habida cuenta que a la fecha de la suscripción de la presente Acta, el Concesionario OPAIN S.A., ha demolido los espigones sur y norte del antiguo terminal de pasajeros y no puede adelantar la demolición completa de la Torre de Control existente y el procesador central de dicho terminal, por cuanto está en desarrollo la construcción de la nueva Torre de Control..."*
- e. Se aclaró que la subrogación "... no incluye la cesión parcial de la licencia ambiental del Proyecto, por lo que la AEROCIVIL continuará siendo responsable de las obligaciones y prerrogativas contenidas en la citada Licencia Ambiental en lo que corresponda."⁴*

11º.- LAUDO ARBITRAL DEL 4 DE OCTUBRE DE 2012

⁴ Lo anterior, en consonancia con el Numeral 1.78 de la Cláusula 1, el Literal e) de la Cláusula 13, y el Numeral 3 del Apéndice I del Contrato de Concesión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

El 4 de octubre de 2012, el Tribunal de Arbitramento convocado por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil contra OPAIN, el 9 de julio de 2010, resolvió las diferencias existentes entre las partes, entre ellas una relacionada con la obligación de depositar en la subcuenta de excedentes de la Aerocivil el 4% de los ingresos regulados y no regulados, estipulado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión.

La Aerocivil reclamaba el cumplimiento de esa obligación durante la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión y Opain se oponía a esa exigencia, con excepciones y demanda de reconvención, manifestando que (i) los Otrosíes 2 y 3 del Contrato había modificado los alcances de la Etapa, haciéndolos inaplicables; (ii) esa obligación era ineficaz de pleno derecho o, dado el caso, (iii) nula.

El Tribunal de Arbitramento consideró en el laudo (páginas 423 a 429 y 532 a 536), que ni las excepciones ni pretensiones de OPAIN podían prosperar, porque esa cláusula 24 "lo que busca es crear un mecanismo que incentive al Concesionario a que la extensión del plazo sea la menor posible, sin perjuicio del resarcimiento de los daños que sufra en caso de incumplimiento". (Ver págs. 426 y 532)

Más adelante (pág. 536), el laudo explica por qué no es ineficaz la cláusula, expresando:

"La ineficacia que prevé esta norma no es aplicable, pues como ya se expuso la cláusula 24 no implica una exoneración de responsabilidad, pues la misma puede ser reclamada cuando corresponda. Así mismo tampoco puede sostenerse que dicha cláusula induzca en error a los proponentes o que imponga la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada. En efecto, en todos los casos en que la extensión es por causa imputable a la entidad pública, el contratista podría reclamar la indemnización de perjuicios, la que podría incluir precisamente la totalidad o parte de las sumas que el contratista haya pagado en virtud de la cláusula 24, en la medida en que se pueda acreditar que dicho pago constituye un daño. En esta medida dicha cláusula tampoco viola a juicio del Tribunal las reglas de responsabilidad de las entidades estatales."

Previamente, al pronunciarse el juez del contrato sobre las consecuencias de la responsabilidad de la entidad concedente Aerocivil en las causas de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, para negar la pretensión que buscaba la inaplicación e ineficacia de pleno derecho de la cláusula 24 por considerarse una indebida exoneración de responsabilidad, contraria a derecho, expresó lo siguiente:

"Por consiguiente, si el hecho que da lugar a la extensión es una circunstancia que determina la responsabilidad de la AEROCIVIL, la misma debe asumir dicha responsabilidad, y por consiguiente soportar

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

todas las consecuencias patrimoniales lesivas que se presenten para el Concesionario por causa de dicho incumplimiento, incluyendo si ello constituye un daño el valor a que se refiere la cláusula 24."

De este hecho resultan una conclusión fundamental para este caso:

- *Que el descuento del 4% de los ingresos regulados y no regulados del Concesionario, previsto para la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión a favor de la Aerocivil, estipulado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, es un "Incentivo" para apremiar su ejecución en el menor tiempo posible.*

12º.- ACUERDO CONCILIATORIO JUDICIAL PARCIAL Y OTROSÍ No. 12 DEL 5 DE JUNIO DE 2015

El 9 de marzo de 2015, la ANI y OPAIN, con base a lo estipulado en el Principio de Acuerdo suscrito el 31 de julio de 2014 y sus modificaciones, suscribieron un Acuerdo de Conciliación Parcial, el cual sometieron a aprobación del Tribunal de Arbitramento que conocía las diferencias, entre otras, en torno a la restitución de los hangares arrendados a Avianca y su demolición. Mediante providencia judicial, que consta en el Acta No. 31 de 22 de abril de 2015, el Tribunal de Arbitramento aprobó el Acuerdo Conciliatorio.

Así las cosas, mediante Otrosí 12 del 5 de junio de 2015, se incorporó al Contrato de Concesión el Acuerdo Conciliatorio, ampliando el plazo establecido para la Etapa de Modernización y Expansión hasta el 31 de enero de 2017.

Las obras pendientes de la Etapa de Modernización y Expansión objeto del Otrosí No. 12 del 5 de junio de 2015, a terminarse antes del 31 de enero de 2015, fueron las siguientes:

"CLÁUSULA SEGUNDA. Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

Las partes acuerdan ampliar hasta el 31 de enero de 2017, la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión con el fin de ejecutar las obras que corresponden a los siguientes Hitos y Subproyectos:

"Hito 7: *DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE I, RESAS PISTA NORTE.*

Hito 7 B: *"SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE I", SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE
BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE – FASE 2"*

Hito 8: "DEMOLICIÓN ANTIGUO AEROPUERTO", "NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE", "PLATAFORMA INTERIOR Y PUENTES DE ABORDAJE (INCLUYE RED DE HIDRANTES DE COMBUSTIBLE ASOCIADA, LA CUAL PODRÁ O NO EJECUTARSE DENTRO DEL HITO)", "VÍAS, REDES, PARQUEADEROS, PARQUEADEROS BUSES REGIONALES, SEPARACIÓN DE REDES REAN/REAP/RTAN/RTAP (RESTANTES) Y DEMOLICIÓN DE SECRETARÍA DE SISTEMAS OPERACIONALES" Y "REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL COMPLEMENTARIO Y SISTEMAS TPA", "DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II", "PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II", y "RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA" (ILUMINACIÓN, SEÑALIZACIÓN, INSTALACIÓN DEL SISTEMA CCTV Y ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E, y Apéndice D Sub numeral 5.2 y 9.2.), atendiendo lo indicado por la ANI en la comunicación No.2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014.

13º.- CIRCUNSTANCIAS QUE OBLIGARON A LAS PARTES A REPROGRAMAR EL CRONOGRAMA DE LAS OBRAS

En el transcurso del primer semestre del año 2016, las partes anticiparon que las siguientes obras no podrían terminarse en el plazo dado por el otrosí 12 del 5 de junio de 2015, es decir antes del 31 de enero de 2017:

HITO 7 *"RESAS PISTA NORTE"*

HITO 7B *SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTI EROSIÓN POR CHORRO DE
TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II
EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2*

HITO 8 *NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE
DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II Y PLATAFORMA HANGAR
AVIANCA FASE II
SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA
HANGAR AVIANCA FASE I
RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE
COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E).*

Las circunstancias que explican, de manera general, el hecho de que OPAIN no hubiese podido avanzar en la ejecución de las obras, están dadas en el mismo acuerdo y radican en que: (i) Avianca no ha restituido aún los 2 hangares que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

tiene como arrendador del Terminal Puente Aéreo, tenencia que conserva desde la celebración del contrato de arrendamiento BO-AR-011-04 suscrito con la Aerocivil; restituciones que Avianca ha prometido hacer solo hasta el 31 de agosto de 2016 (hangar No. 1) y 31 de marzo de 2018 (hangar No. 2); y (ii) En que la Aerocivil no le ha otorgado a OPAIN las ventanas operacionales que le permitiesen y que le permitan trabajar en la pista norte los tiempo mínimos requeridos para poder hacer las obras a su cargo (Resas, Superficies de Protección por Chorro de Turbina, Expansión de Bahías y Nivelación Franjas).

14º.- COMUNICACIÓN DE OPAIN DE JULIO 25 DE 2012, ACTA 30 DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DEL 26 DE JULIO DE 2016, OTROSI No. 20 Y RESPUESTA DE LA ANI DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Simultánea y concomitantemente con la preocupación que empezó a rondar a OPAIN y a la ANI por la imposibilidad de avanzar en el programa de obras pactado para terminar la Etapa de Modernización y Expansión, esto en diciembre de 2015; se plantearon la conveniencia de conciliar las pretensiones que mutuamente, en demanda principal y de reconvencción, se habían formulado ante un Tribunal de Arbitramento y juez del contrato.

Así las cosas, entre diciembre de 2015 y agosto de 2016, las partes intercambiaron propuestas de solución en cada uno de esos dos escenarios; en sede judicial arbitral para resolver las diferencias sobre la explotación comercial del Terminal Internacional de Carga por parte de OTCA y la naturaleza de sus ingresos, la forma de liquidar el 4%, la entrega de una información contable y una sanción contractual, llegando a un acuerdo el 26 de julio de 2016 y, en sede administrativa, para acordar una reprogramación de obras con una extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, así como una suspensión total o parcial y progresiva, de la aplicación del descuento del 4% pactado en la cláusula 24 del contrato, durante este nuevo periodo de extensión.

14.1.- *En la audiencia celebrada el 26 de julio de 2016 por el Tribunal Arbitral, las partes reiteraron su ánimo conciliatorio pero, expresaron, "existe una diferencia en particular relativa la reprogramación de las obras y la aplicación proporcional del 4%, respecto de la cual las partes procederán a adelantar las conversaciones correspondientes para acordar el procedimiento para la determinación de la aplicación de la proporcionalidad del 4% de los ingresos."*

14.2.- *El día anterior a esa audiencia, o sea el 25 de julio de 2016, Opain le había expresado a la ANI que la reprogramación de las obras acordada significaba extender la Etapa de Modernización y Expansión, lo que significaba, también, que OPAIN tendría que seguir descontando el 4% de sus ingresos para depositarlo en la subcuenta de excedentes de la Aerocivil, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula 24 del Contrato de Concesión, "sin ninguna consideración al hecho notorio de que a la fecha se ha ejecutado más del 99% del valor de las obras que hacen parte de dicha etapa" y "que la no culminación de los mismos -hitos contractuales- en la fecha programada no se debe a causas imputables a Opain."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Dado lo anterior, el Gerente y representante legal propuso:

"Opain reitera en esta comunicación la solicitud elevada a su despacho, para que la ANI de aplicación al principio proporcionalidad contenido en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio que establecen que el monto a reconocer de las cláusulas penales se puede reducir en caso de cumplimiento parcial de obligaciones contractuales. En este caso, y siendo el 4% contenido en la cláusula 24 del Contrato de Concesión un mero incentivo para que culmine la EM&E, Opain encuentra justo y razonable que por analogía se reduzca el valor a reconocer por concepto de 4%..."

14.3.- *La ANI, a través de su Presidente, respondió ante la propuesta anterior, el 2 de septiembre de 2016, después de suscribir el OTROSI No. 21, diciendo:*

Al respecto, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se permite indicar que en relación con la solicitud efectuada, respecto de la aplicación de la cláusula 24 del Contrato de Concesión, específicamente en el sentido de que se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad consagrado en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y de acuerdo al concepto emitido por el Doctor Carlos Medellín de fecha 26 de julio de 2016, la ANI considera que en tanto esté vigente la estipulación contractual, debe aplicarse, por lo que de considerarlo pertinente, OPAIN puede someter su inquietud al juez del contrato.

Bajo ese contexto, la Agencia se permite indicar que ese espacio brinda a las partes la posibilidad de encontrar posibles escenarios de solución y llegar a un eventual acuerdo conciliatorio que beneficie al desarrollo del proyecto.*

14.4.- *El OTROSÍ No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016, previo a que OPAIN recibiese la comunicación del numeral anterior, por las consideraciones que allí se hacen, reprogramó las obras de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado, así:*

"CLÁUSULA PRIMERA. *Las Partes acuerdan reprogramar las fechas máximas de terminación de los siguientes Subproyectos según se indica a continuación:*

Hito 8A

"RESAS PISTA NORTE": *Noviembre 30 de 2017*

SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE – FASE 2": *Noviembre 30 de 2017*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": Noviembre 30 de 2017

Para la SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II, RESAS PISTA NORTE, Y NIVELACIÓN DE FRANJAS PISTA NORTE, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

Hito 8B:

*"DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II, y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II": Noviembre 30 2018, siempre y cuando Avianca restituya el Hangar 2 a **OPAIN** el 31 de marzo de 2018.*

Hito 8C:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I" y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014: 30 septiembre de 2018, (...)

Hito 8A

"RESAS PISTA NORTE": 3 meses

SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE – FASE 2": 1 mes

"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": 13 meses de ejecución.

Hito 8B:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I": 5 meses

DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II: 2 meses

PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II: 5 meses

Hito 8C:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014: 4 meses

PARÁGRAFO TERCERO. *La fecha de finalización de los demás subproyectos contenidos en la cláusula segunda del Otrosí No. 12 al Contrato de Concesión de no se modifica. Para tales efectos, la fecha de entrega de estos subproyectos es el 31 de enero de 2017.*

CLÁUSULA SEGUNDA. *Las Partes manifiestan que en virtud de la reprogramación de la ejecución de los Subproyectos regulada en el presente documento, la fecha de finalización de la Etapa de Modernización y Expansión se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2018.
(...)”*

Así las cosas, en términos generales, la Etapa de Modernización y Expansión ahora quedó extendida hasta el 30 de noviembre de 2018 y OPAIN, además de “fondear” la subcuenta de los honorarios de la interventoría, a pesar de tener ejecutadas obras por el 97.5% del valor total, debería continuar aplicando la cláusula 24 del Contrato de Concesión, en el 100%.

15º.- CONCEPTO LEGAL DEL Dr. CARLOS MEDELLÍN

Como quedó dicho atrás, una vez las partes avizoraron que no sería posible concluir la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto el 31 de enero de 2017, intercambiaron propuestas de solución para atender la solicitud de OPAIN relativa a suspender, total o parcial y progresivamente, la aplicación del descuento del 4% pactado en la cláusula 24 del contrato, durante este nuevo periodo de extensión.

La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en trámite interno y reservado, consultó al señor ex Ministro de Justicia, académico y tratadista del Derecho, Dr. Carlos Medellín Becerra, para conocer su opinión legal sobre la interpretación jurídica y alcance de la cláusula 24 del Contrato de Concesión. El Dr. Medellín, con fundamento en un cuidadoso, extenso y juicioso estudio, señaló lo siguiente:

"4. La cláusula 24 del Contrato de Concesión 6000169 OK cumple la función de cláusula penal de apremio

En este apartado revisamos la viabilidad jurídica de graduar la aplicación de la cláusula 24 de contrato en comento. Con este propósito es necesario analizar el alcance del artículo 1596 del CC. Al iniciar este examen, se evidencia que la norma citada hace referencia particularmente la cláusula penal, y no a cualquier tipo de convención contractual. De manera tal, que para acertar la validez de la aplicación de lo previsto en el artículo 1596 CC en el caso que nos atañe, se hace

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

indispensable que se evidencie que lo dispuesto por las partes en la cláusula 24 cumple las funciones de una cláusula penal.

Con todo esto corresponde revisar si la cláusula 24 del contrato cumple la función de una cláusula penal, de las contempladas en el artículo 1512 CC. Pues bien, la cláusula penal está definida en el código civil como: "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

La doctrina y la jurisprudencia ha señalado que la cláusula penal puede cumplir varias funciones: (i) es una tasación anticipada de perjuicios, (ii) como un apremio al deudor para que cumpla y (iii) como una garantía. Vale precisar que el cumplimiento de estas funciones puede ser independiente, es decir, que una cláusula penal no debe cumplir las tres funciones para ser considerada como tal, basta con que sea claramente identificables una de ellas. Para el objeto de nuestro estudio nos centraremos en la segunda de estas funciones.

Para iniciar debemos retomar lo dicho por el tribunal de arbitramento que estudió la cláusula 24, en virtud de lo cual hay que señalar que la mencionada disposición contractual se trata de un incentivo para el cumplimiento y no disposición eximente de responsabilidad. Pues bien, como se explicó arriba la cláusula penal puede cumplir únicamente la función de apremio y no necesariamente la de indemnización anticipada de perjuicios, caso en el cual, su función es la de generar "presión" en el deudor para que cumpla su obligación integralmente y en tiempo. Entonces podemos afirmar que este primer elemento se cumple, toda vez que el laudo del cuatro de octubre de 2013 señaló que la función de la cláusula 24 era de incentivar al deudor, lo que resulta ser un apremio para su cumplimiento. Por tanto, la cláusula 24 está cumpliendo la función de apremio de una cláusula penal.

Expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Si las partes lo acuerdan de forma expresa en el contrato, el acreedor puede solicitar la pena y la indemnización de perjuicios, esto es, que la cláusula penal mantendría una función de apremio o sanción, distinta a la remuneración por los perjuicios causados, siendo por lo tanto viable la acumulación de ambas pretensiones por encontrar su exigibilidad en causas distintas. En el caso que nos ocupa el contrato señala que lo dispuesto en la cláusula 24 debe hacer efectivo "sin perjuicio de las consecuencias de eventuales incumplimientos para partes". Esto es, que el contrato prevé la excepción contemplada en la norma. Esto último, se armoniza perfectamente con la interpretación hecha por el tribunal según la cual, la validez de la cláusula 24 está atada directamente a la posibilidad de reclamar las consecuencias de los daños sin perjuicio de la efectiva de la consecuencia jurídica de la cláusula 24.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Por otra parte, debemos señalar que el mismo código civil indica que en caso de que las partes lo acuerden, la cláusula penal no sustituye de manera alguna el cumplimiento de la obligación principal. En efecto, el artículo 1594 de CC señala que: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal"(resaltando fuera de texto).

De tal suerte, que es posible jurídicamente que las partes pacten que simultáneamente se cumpla la obligación principal y se pague la cláusula penal. Este pacto ni siquiera es necesario cuando el cumplimiento es por una demora en la ejecución de la obligación, pues en ese caso la regla general será que se cumple tanto la obligación principal como la cláusula de apremio. En nuestro caso de análisis se cumplen ambas hipótesis, en primer lugar, la cláusula 24 está contemplando para casos de retrasos en la ejecución y no en incumplimiento definitivos. En segundo, lugar las partes pactaron que se pueden realizar el cobro simultaneo. De manera el contrato prevé:"[l]a disminución de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados del Concesionario durante el periodo de Extensión de la etapa de Modernización y Expansión, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución, extinción o novación de las obligaciones del Concesionario y por lo tanto éste continuará con la obligación con la obligación de entregar a Aerocivil las Obras de Modernización y Expansión en las condiciones y calidades previstas en el presente Contrato de Concesión". En tal virtud la cláusula 24 cumpliría igualmente con la hipótesis normativa descrita.

Siendo esto así y si se acepta la hipótesis de que la disminución de ingresos del concesionario previsto en la cláusula 24 cumple la función de una cláusula penal de apremio, atada a la obligación principal de cumplir con las obras de Modernización y Expansión, resulta necesario la aplicación de todo el régimen de cláusula penal del Código Civil y del Código de Comercio.

De manera particular, debemos referirnos a lo señalado en el artículo 1596 del CC, que señala: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal". En el mismo sentido el artículo 867 del C Co indica que el juez puede reducir equitativamente la pena cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

La jurisprudencia y la doctrina se han referido a esta institución jurídica como el principio de proporcionalidad dentro de la cláusula penal. El consejo de Estado, al respecto ha señalado lo siguiente:

"Si el deudor cumple solamente una parte der la obligación principal y el acreedor acepta esta parte tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal"

En fallo diferente, pero en el mismo sentido manifestó:

"Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva".

De tal suerte, que si la cláusula 24 tiene función de una cláusula penal, al hacerla efectiva, podrá realizarse una deducción diferente proporcional al nivel de cumplimiento de la contratita, por su puesto con entregas a satisfacción de la entidad. En virtud de la disposición citada, el deudor solo debe pagar la cláusula penal inversamente proporcional a lo que cumplió y se le recibió a satisfacción.

Ahora como la cláusula penal no considera una cláusula excepcional al derecho común, como sí ocurría en vigencia del Decreto 222 de 1983, la reducción a que haya lugar debe o pactarse o debe hacerla un juez. Así desprende también, de la lectura del artículo 867 del Código de Comercio.

En conclusión, consideramos que toda vez que la cláusula excepcional 24 del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006 cumple la función incentiva o a premio para cumplimiento de las obligaciones particulares de la Etapa de Modernización y Expansión, es posible aplicar la proporcionalidad contemplada en el artículo 1596 de CC. Ahora, este incentivo al cumplimiento según la literalidad del texto contractual, no reemplaza la obligación principal, por tanto, debe exigirse conjuntamente el cumplimiento del apremio como de la prestación principal y no sustituye la reclamación de responsabilidad, a la que puede haber lugar."

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tal como se indicó anteriormente, únicamente la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** oportunamente contestó la demanda, se dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, se solicitaron pruebas, se objetó el juramento estimatorio y con el fin de enervar las pretensiones de la demanda,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

formuló las siguientes excepciones de mérito que a continuación fueron propuestas:

1. Falta de Competencia

Se expresó por el Convocado, que el presente Tribunal cuenta con competencia para dirimir *"cualquier divergencia que surja entre partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato"* tal como se pactó en la cláusula 66 del Contrato de Concesión. En el presente caso considera para la Convocada que: *"La pretensión segunda no apunta a dirimir ninguna divergencia entre las partes."*

En efecto, la declaración que pretende Opain que haga el tribunal corresponde justo lo que ha venido ocurriendo en la ejecución contractual, por virtud de la aplicación de la regla prevista en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la cláusula 24 del Contrato de Concesión.

Por ende, al no existir divergencia alguna entre las partes respecto de lo planteado en las Pretensiones primera y segunda, el tribunal carece de competencia para conocer de ellas".

2. Cosa juzgada

Con ocasión de un proceso arbitral previo al presente, OPAIN demandó a la Aeronáutica Civil con el propósito, entre otras muchas cosas, de:

(i) Que en relación con los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, según los cuales, si hay un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión imputable a la AEROCIVIL, OPAIN deberá depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL y que tal porcentaje no hará parte de la remuneración del Concesionario, se declare lo siguiente:

(ii) Que lo pactado en los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato modificó los alcances de los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, debido a que a través de tales acuerdos se modificó el alcance original de la Etapa de Modernización y Expansión, no sólo en cuanto a los diseños y obras a ejecutar, sino también en cuanto a los Hitos y a la fecha de terminación de dicha Etapa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

(iii) Que atendiendo lo pactado en los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato, los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato no resultan aplicables, por lo cual OPAIN no está obligada a depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL, como tampoco a que tal porcentaje no haga parte de su remuneración.

**CAPÍTULO TERCERO
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

1.- Presupuestos procesales.

En el presente caso se encuentran reunidos los requisitos necesarios para que este Tribunal Arbitral pueda proferir laudo arbitral de fondo desatando el litigio sometido a su conocimiento, habida cuenta que las partes son sujetos capaces que han comparecido debidamente a este proceso, la demanda reúne los requisitos de ley y tal como se definió en la primera audiencia de trámite el Tribunal es competente para conocer de las diferencias objeto del presente proceso.

Aunado a lo anterior, el presente trámite arbitral se desarrolló con cumplimiento a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, razón por la cual, al no existir reparo alguno sobre los requisitos en mención, se profiere el presente laudo arbitral.

2. Consideraciones sobre la excepción de falta de competencia.

El Tribunal ha examinado los argumentos de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en lo que se refiere a la segunda de las pretensiones y concluye que el fundamento de "no existir controversia" sobre lo que se pretende por corresponder a lo que ha venido ocurriendo, no es suficiente para una declaración de falta de competencia, si se atiende a que ésta implica tácitamente solicitar que se declare la existencia de un acto jurídico posterior a la celebración del contrato (Otrosí 21), cuyos acuerdos espera la Convocante sean considerados por el Tribunal, para decidir sobre ésta y las otras dos pretensiones.

Al respecto, el Tribunal considera importante destacar que el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda reiteró la obligación de los jueces de evitar decisiones inhibitorias y enfatizó el deber del operador judicial de integrar e interpretar la demanda de forma tal que supere los formalismos y logre impartir justicia, de fondo y sin dilaciones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En sentencia de la Sección Tercera con ponencia del Magistrado HERNÁN ANDRADE, el mismo Consejo de Estado al referirse a los árbitros reiteró que los extremos que delimitan la competencia de los árbitros son los términos de la cláusula compromisoria y las solicitudes de Convocante y Convocada. Por lo tanto, decisiones sobre cuestiones no sujetas al arbitraje, aquellas que concedan más de lo pedido o dejen de decidir cuestiones sometidas al proceso pueden viciar de nulidad al respectivo laudo; no obstante lo anterior, precisó que aunque esa determinación del litigio enmarca la competencia de los árbitros y permite definir hasta dónde pueden pronunciarse válidamente, no debe descontarse la facultad-deber del juez para interpretar la demanda. Se señala en esta sentencia:

"Lo anterior en consideración a que son los términos de la cláusula compromisoria —o del compromiso— y las solicitudes de convocante y convocada, los extremos que delimitan la competencia de los árbitros, quienes habrán de pronunciarse solamente en relación con los anotados asuntos pero, igualmente, con respecto a todos ellos, sin que sea dable que el Tribunal adopte decisiones extra petita —que recaigan sobre cuestiones no sujetas al arbitraje—, ultra petita —que concedan más de lo pedido—, o mínima petita —que dejen de decidir cuestiones sometidas al proceso— pues, en tales eventos, se tipificará el aludido yerro procedimental que da lugar a la anulación del laudo.

Así pues, el ámbito del debate se encuentra delimitado por el contenido de la demanda —pretensiones y causa petendi— y el de la contestación de la misma —excepciones propuestas por la parte pasiva—, así como por la demanda de reconvenición y su respectiva contestación, cuando a ellas hay lugar, todas las cuales deben estar comprendidas, naturalmente, dentro del objeto del pacto arbitral. Esa determinación del litigio enmarca la competencia de los árbitros y permite definir hasta dónde los mismos pueden válidamente pronunciarse —principio dispositivo—. En esta dirección ha sostenido la Sala:

«Ahora bien, según se ha establecido, el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, trasladan su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia⁵, profiriendo una decisión denominada laudo. A dicho mecanismo se llega por vía del pacto arbitral, que es el convenio en el que las partes consignan su voluntad de llevar sus diferencias eventuales, futuras o

5 Nota original de la sentencia citada: "Artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

presentes, al arbitramento, renunciando con ello, a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios⁶. Así las cosas, es evidente que son las partes las que desde un primer momento, fijan el objeto del arbitraje, estableciendo, en el pacto arbitral⁷, cuál o cuáles son las controversias que someten al conocimiento del tribunal que se ha de constituir, las que seguidamente, se deben reflejar de manera posterior en la demanda o convocatoria del tribunal⁸, en la respectiva contestación⁹ y, si a ello hay lugar, en la demanda de reconvencción¹⁰ y en la contestación a ésta¹¹, pues todas ellas deben quedar enmarcadas dentro de lo convenido en el pacto arbitral, so pena de que no puedan ser objeto de pronunciamiento por el laudo» (subrayas fuera del texto original)¹².

Como consecuencia de lo anterior, esta excepción no habrá de prosperar.

3. Consideraciones sobre la excepción de Cosa Juzgada.

La Corte Constitucional respecto de la Cosa Juzgada y sus elementos precisó en su sentencia C-774/01:

"COSA JUZGADA-Elementos para existencia

6 Nota original de la sentencia citada: "Artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 115 de la Ley 446 de 1998 y compilado por el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998."

7 Nota original de la sentencia citada: "Al efecto, véanse los artículos 117 a 119 del Decreto 1818 de 1998."

8 Nota original de la sentencia citada: "Sobre la convocatoria véase el artículo 13 del Decreto 2651 de 1991, compilado en el artículo 127 del Decreto 1818 de 1998, que establece que ésta debe llenar los requisitos previstos en la ley para la demanda, lo cual remite necesariamente al artículo 75 del C. de P.C. que en su numeral 5 establece como requisito la consignación de lo que se pretende expresado con precisión y claridad, y que las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82 ibídem."

9 Nota original de la sentencia citada: "El artículo 92 del C. de P.C., en su numeral 2 establece como contenido de la contestación de la demanda, un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan, y el numeral 3 establece que se deberán manifestar las excepciones que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante."

10 Nota original de la sentencia citada: "Conforme al inciso segundo del numeral 2 del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en este proceso cabe la reconvencción. Por su par Nota original de la sentencia citada: "Artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998."te, el artículo 400 del C. de P.C., establece: "Durante el término del traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la de reconvencción contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial."

La reconvencción deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación.

"...(...)... (Subraya la Sala).

11 Nota original de la sentencia citada: "Inciso tercero ibídem".

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00018-00(29704); Actor: Empresa Colombiana de Petróleos- Ecopetrol.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. **Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.** Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.” (Se resalta).*

De otra parte y con el fin de hacer referencia a la ejecutoria del laudo arbitral al cual hace referencia la Convocada, el Tribunal considera necesario recordar que aún el caso en que se hubiera interpuesto el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, éste corresponde a un Recurso extraordinario¹³ de aquellos que la doctrina califica de *judicium rescindens*¹⁴ que justamente por su carácter extraordinario, no suspende la ejecutoria de la decisión arbitral.

13 Ley 1563 de 2012 Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.

14 Cfr. HERNANDO MORALES MOLINA. Los recursos ordinarios y extraordinarios-Esquema de la Conferencia dictada en La Plata, Argentina, en octubre de 1985. "(...) 7. Los recursos extraordinarios solo pueden fundarse en causales específicas, pues se trata de una pugna entre el recurrente y la sentencia, es decir en la acusación de éste para abolirla, como ocurre en la rescisión de los actos de derecho sustancial. Por excepción, puede proponerlos un tercero perjudicado con un proceso intentado para de fraudarlo, como sucede con determinada causal de revisión. Carecen de faz instructora, porque no versan sobre los hechos, y presuponen que el proceso haya terminado, aun cuando con el de casación no ocurre esto, porque al casarse la sentencia, debe dictarse la de segunda instancia, de modo que aquel impide su ejecutoria. Por eso Calamandrei denomina a los ordinarios medios de gravamen, pues implican que la cuestión litigiosa sea decidida de nuevo, a instancia del apelante, por quien tiene competencia para ello, con fuerza prevalectente. Y acciones de impugnación a los extraordinarios, porque buscan rescindir la providencia impugnada (*judicium rescindens*), a fin de abrir la posibilidad de resolver de nuevo el proceso (*judicium rescissorium*)”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Al respecto vale la pena citar el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que al respecto manifestó¹⁵:

"Por tratarse de un recurso extraordinario, su procedencia se predica respecto de providencias que se encuentran ejecutoriadas y que surten plenos efectos en el mundo jurídico hasta tanto se declare su nulidad judicial, como ocurre en relación con cualquier acto o providencia ejecutoriados.⁵ En este sentido, el mismo Consejo de Estado, en vigencia de la Ley 446 de 1.998, precisó:

*"El recurso de anulación de laudos proferidos en relación con contratos estatales ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento y no por errores in judicando, lo cual implica que **no puede impugnarse el laudo por cuestiones de mérito, toda vez que el recurso de anulación procede contra laudos arbitrales ejecutoriados** y por lo tanto se trata de una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones con fuerza de ejecutoria".⁶ (Negrillas y subrayas no son del texto original)*

Constituye el recurso de anulación, por lo mismo, una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada propia de las sentencias. Adicionalmente, como lo expresó esta Corporación en providencia de agosto 12 de 1.999, Exp. 16459, la dilación en el cumplimiento de los laudos arbitrales conlleva efectos disciplinarios para el funcionario encargado o competente para ello."

3.1. La Cosa juzgada en materia del desequilibrio contractual aducido en las Pretensiones 1.9 y 1.10 del Tribunal que profirió el laudo de 4 de octubre de 2012.

Efectuadas las anteriores consideraciones, analizará el Tribunal la decisión adoptada en el Laudo arbitral del 4 de octubre de 2012 al que refiere la Convocada para señalar que en dicho laudo se negaron las pretensiones 1.8, 1.9, 1.10, 1.11. y 2.2. El Tribunal que profirió dicho fallo se refirió a cada una de éstas así:

3.1.1 Cosa juzgada sobre lo decidido al resolver la pretensión 1.8 de la demanda en reconvención presentada por OPAIN.

¹⁵ Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-Consejero Ponente: Susana Montes de Echeverri-Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil cuatro (2004).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En lo que hace a la pretensión 1.8 se tiene que, en el laudo del 4 de octubre de 2012, el Tribunal decidió lo siguiente:

"2.8 Pretensión 1.8.

En su pretensión 1.8 el demandante en reconvención solicitó que, en relación con los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, según los cuales, si hay un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión imputable a la AEROCIVIL, OPAIN deberá depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL y que tal porcentaje no hará parte de la remuneración del Concesionario, se declare lo siguiente:

"Que lo pactado en los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato modificó los alcances de los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, en razón de que a través de tales acuerdos se modificó el alcance original de la Etapa de Modernización y Expansión, no sólo en cuanto a los diseños y obras a ejecutar, sino también en cuanto a los Hitos y a la fecha de terminación de dicha Etapa.

(iii) "Que atendiendo lo pactado en los Otrosíes No.2 y 3 del Contrato, los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato no resultan aplicables, por lo cual OPAIN no está obligada a depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL, como tampoco a que tal porcentaje no haga parte de su remuneración.

A tal efecto señala que para efectos de la cláusula 24 el alcance de la Etapa de Modernización y Expansión cambió producto del cambio del alcance del proyecto, tal como quedó consignado en los Otrosíes No.2 y 3. Expresa que mediante Otrosí No.2 al Contrato de Concesión, AEROCIVIL y OPAIN acordaron modificar dicho Contrato y el Apéndice D (numeral 11. Cronograma de la Etapa de Modernización y Expansión), en el sentido de no ejecutar las obras de remodelación y refuerzo sísmico del Terminal 1 y sustituirlas por las que llegaron a acordar posteriormente. En los considerandos de dicho otrosí se hizo referencia a un estudio realizado en el que se alude al desfase entre el tráfico estimado en el diseño inicial y el real superior. Igualmente se hizo referencia a otro estudio sobre reforzamiento en el cual se concluye que para tal efecto el Terminal debe cerrarse totalmente ya que se estaría actuando sobre la cimentación, sobre áreas de las placas, sobre numerosas columnas, habría intensos movimientos de desechos y de materiales y se estarían montando estructuras metálicas en diversas zonas. Es una intervención tan global e integral que no permite ocupación ni circulación cercana de personas y por el contrario demandará la presencia continua de vehículos y equipos de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

construcción y transporte. Se agregó que de acuerdo con un estudio de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA-FACULTAD DE INGENIERÍA, "El diseño inicial del 'proyecto de concesión OPAIN- AEROCIVIL no soportaría los niveles actuales de tráfico ni una proyección razonable de su evolución, si las tendencias observadas en el pasado más reciente se mantienen en particular las proyecciones iniciales sobre el tráfico sobre las cuales se realizó el diseño inicial y el plan maestro". Por lo anterior se requiere la modificación y mejora del objeto contratado.

Señala el demandante en reconvención que teniendo en cuenta los considerandos del Otrosí No.2 y el acuerdo al que se había llegado en el mismo, AEROCIVIL y OPAIN suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, mediante el cual y acordaron un nuevo Cronograma de Obras de la Etapa de Modernización y Expansión previsto en el Apéndice D.

Como consecuencia de lo establecido en los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato de Concesión, en el sentido de no ejecutar las obras de remodelación y refuerzo sísmico de la actual Terminal 1 y las demás obras asociadas a las mismas establecidas en el Apéndice D, se decidió, no solo, modificar el Cronograma de Obras de la Etapa de Modernización y Expansión previsto en el Apéndice D, sino también ordenar la demolición de la actual Terminal 1 del Aeropuerto, para efectos de ampliar el alcance del Proyecto a través de la construcción de una nueva Terminal 1 y Terminal 2 integradas o adosadas.

Por lo anterior considera el demandante que no es posible aplicar la Cláusula 24 del Contrato de Concesión porque aún no se estaría frente a un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, sino ante la única y misma Etapa que ha existido siempre, pero cuyo alcance se modificó en virtud de lo expuesto. La cláusula 24 se aplicaría entonces si al final de la nueva Etapa de Modernización y Expansión, OPAIN no ha cumplido con el Cronograma de Obras. Lo mismo ocurría antes de la firma de los Otrosíes No.2 y 3.

Agrega la demandante en reconvención que la modificación de la Etapa de Modernización y Expansión es imputable exclusivamente a la AEROCIVIL y, por ende, no se puede hablar de un Período de Extensión de la misma. A tal efecto señaló las causas que dieron lugar a la modificación de la Etapa de Modernización de Expansión: la deficiencia de los estudios técnicos para el reforzamiento estructural de la Terminal de Pasajeros Existente o Terminal 1 y la deficiencia de los estudios de tráfico elaborados por la AEROCIVIL. Concluye que, dado que las razones por las cuales se presentó una modificación de la Etapa de Modernización y Expansión son imputables única y exclusivamente a la AEROCIVIL, pues es ésta, la que está llamada a responder por la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

estructuración de los pliegos y del contrato, tal como lo dispone el inciso 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

*Como consecuencia de lo anterior, atendiendo lo pactado en los Otrosíes No.2 y 3 del Contrato, los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato no resultan aplicables, por lo cual OPAIN no está obligada a depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL, como tampoco a que tal porcentaje no haga parte de su remuneración. Por su parte la convocante expresa que durante la etapa de negociación del otrosí 3, la AEROCIVIL le indicó al Concesionario en repetidas oportunidades que la reprogramación de los hitos no afectaría de manera alguna lo previsto en la cláusula 24 del contrato de concesión, y que si, por alguna razón, como resultado de la suscripción de dicho otrosí se generaba un período de extensión de la etapa de modernización y expansión, sería imperativo aplicar dicha estipulación contractual. Agrega que la estipulación contractual venía desde el proceso licitatorio, de manera que pretender darle ahora un entendimiento distinto o, incluso eliminarla del contrato generaría un obvio desbalance entre la posición de OPAIN y la de los demás oferentes que participaron en dicho proceso. Así mismo señaló que dicha cláusula venía prevista como una contingencia normal, tanto así que se incluyó entre las definiciones del contrato (cláusula 1.97), no como una sanción (cláusula 24, párrafos cuarto y quinto), sino como un estímulo para el contratista, además de manera consistente con los riesgos que éste asumió, específicamente "los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión**, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este **Contrato**, tales como la señalada en la CLAUSULA 24 y las sanciones para retrasos imputables al **Concesionario** contenidas en el presente **Contrato de Concesión** (ordinal o de la cláusula 12, con subrayado del suscrito).*

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

En relación con esta pretensión el Tribunal se remite al análisis que realizó en relación con la pretensión formulada por la demandante en el sentido que la demandada tiene la obligación de "Depositar en la Subcuenta de Excedentes de la AEROCIVIL el cuatro por ciento (4%) de los ingresos regulados y de los ingresos no regulados que se causen durante el Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula 24 del contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*de concesión" y del cual **concluyó que dicha estipulación no fue modificada por los Otrosíes Nos 2 y 3 del Contrato de Concesión.***

Por lo anterior se negará esta pretensión". (Se destaca)

3.1.2 Cosa juzgada sobre lo decidido al resolver las pretensiones 1.9 y 1.10.

Respecto de las pretensiones 1.9 y 1.10 se encuentra que en el laudo del 4 de octubre de 2012 se consigna lo pretendido así:

"2.10 Pretensiones 1.9. y 1.10

*Opain solicita en su **Pretensión Declarativa 1.9** de la Demanda de Reconvención - "Que se declare que la prórroga del Contrato de Concesión No. 186 de 1996 para la administración y explotación económica del Aeropuerto de Cartagena suscrita por Aerocivil con SACSA S.A. mediante Otrosí No. 4 de 3 de marzo de 2010 **afecta el equilibrio económico y financiero del Contrato en contra de Opain**, debido a las siguientes razones: (i) Por que dicha prórroga extiende hasta el 25 de septiembre de 2020 y por nueve años más la exención que trata el Ordinal h del Artículo 8º de la Resolución 05496 de 2005, modificado, por la resolución 2013 de 2006, relativa a la Tasa Aeroportuaria Internacional (TAI). (ii) Por que dicha prórroga convenida hasta el 25 de septiembre de 2020, fue suscrita al amparo del Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, norma que no se encontraba vigente cuando la Aerocivil y Opain suscribieron el Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 y estipularon en el mismo la compensación tarifaria pactada en la Cláusula 57." (Negrilla fuera de texto)*

*Opain solicita **en su Pretensión Declarativa 1.10** de la Demanda de Reconvención: "Que por lo anterior , y en virtud de los Artículos 90 de la Constitución, 65 de la Ley 270 de 1996, 5.1, 27 y 50 de la Ley 80 de 1993, entre otros, se declare que la AEROCIVIL debe responder por los efectos económicos y financieros que se produzcan en contra de Opain a partir del 26 de septiembre de 2011, y hasta el 25 de septiembre de 2020, debido a que la prórroga mencionada en la pretensión anterior es sobreviniente, ajena y no imputable a Opain."*

Después de analizar el sustento, tanto fáctico, como jurídico, así como las pruebas documentales y testimoniales aportadas para sustentar las pretensiones 1.9 y 10,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

el Tribunal que profirió el laudo del 4 de octubre de 2012, concluyó, que lo demandado por OPAIN como desequilibrio económico, no resultaba procedente y señaló:

*"Así las cosas no se ha violado el artículo 5.1 de la ley 80 de 1993, en la medida en que este dispone que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En efecto, en manera alguna se ha afectado la remuneración pactada. Igualmente, no se ha desconocido el artículo 27 de la ley 80 de 1993, en la medida en que dispone que en "los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre la cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25". **En efecto, en el equilibrio creado al contratar no se encontraba incluido como parte de los ingresos del Concesionario la tarifa por pasajeros provenientes del Aeropuerto de Cartagena.** Por tal razón se negará esta pretensión."*

3.1.3 Cosa juzgada sobre lo decidido al resolver la pretensión 1.11 de la demanda en reconvención presentada por OPAIN.

Revisado el laudo del 4 de octubre de 2012 se encuentra que la pretensión 1.11 presentada por OPAIN en su demanda de reconvención se encaminaba a obtener una declaración sobre la improcedencia de una serie de multas por el incumplimiento de las obras del hito 2, asunto totalmente ajeno a la materia que ocupa este Tribunal y, en consecuencia, lo allí decido carece de importancia para valorar la cosa juzgada que se aduce por la Convocada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

3.1.4 Cosa juzgada la pretensión 2.2 de la demanda en reconvención presentada por OPAIN.

En el ya citado laudo de 4 de octubre del 2012, el Tribunal señaló, respecto de esta pretensión de condena:

"2.12.16 Pretensión de condena 2.2.

En la pretensión de Condena 2.2 de Opain la misma solicitó: "Que se condene a Aerocivil a pagar a Opain año a año el monto de las exenciones de la Tasa Aeroportuaria Internacional (TAI) que sea cobrada en el Aeropuerto Internacional Rafael Núñez entre el 26 de septiembre de 2011 y hasta el 25 de septiembre de 2020, atendiendo los valores que resulten probados por Opain y que resulten de la prosperidad de las Pretensiones (Declarativas) 1.9 y 1.10"¹⁶

Como quiera que el Tribunal ha negado las pretensiones 1.9 y 1.10 de la demanda de reconvención, deberá igualmente negar esta pretensión. (Negritas fuera de texto)"

4. Conclusiones sobre la excepción de cosa juzgada.

Del análisis de las decisiones adoptadas en el laudo del 4 de octubre de 2012, el presente Tribunal concluye que a la demanda concurren las mismas partes, pero ésta no versa sobre las mismas pretensiones de las que se predica la cosa juzgada. En particular destaca el Tribunal que respecto de ninguna de éstas y en especial sobre la tercera, no existe un derecho reconocido, declarado o modificado y si bien algunos de los hechos corresponden a los ya analizados en el citado laudo, la demanda presenta un nuevo elemento. Así las cosas, como lo indica la Corte Constitucional, el Tribunal está habilitado para retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre lo nuevo que se pretenda.

Con fundamento en lo anterior la excepción de cosa juzgada no habrá de prosperar.

5. Sobre la Pretensión Primera.

Frente a esta pretensión que la Convocante formula como declarativa para:

"Que se declare que, salvo los sub proyectos de los hitos 7, 7B y 8, que fueran objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169 Ok;

¹⁶ Alegatos Demanda de Reconvención. Cuaderno Principal No. 1, Folios 239 - 291

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

reprogramación pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016; todas las demás obras de esa Etapa fueron cumplidas por OPAIN."

El Tribunal, con el fin de atender lo pretendido en la demanda, ha considerado primero respecto de tales hitos que en el Otrosí 21 se acordó:

"CLÁUSULA PRIMERA. *Las Partes acuerdan reprogramar las fechas máximas de terminación de los siguientes Subproyectos según se indica a continuación:*

Hito 8 A

"RESAS PISTA NORTE": Noviembre 30 de 2017

"SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2": Noviembre 30 de 2017

"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": Noviembre 30 de 2017

Para las SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II, RESAS PISTA NORTE, Y NIVELACIÓN DE FRANJAS PISTA NORTE, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1.** *Entrega por parte de la ANI de los diseños de detalle definitivos de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III debidamente aprobados y definición del alcance de las mismas a cargo de **OPAIN**.*
- 2.** *Definición por parte de la Aerocivil de las ventanas operacionales con las cuales contará **OPAIN** para la ejecución de los trabajos en la pista norte, las cuales deberán ser como mínimo iguales a las que hasta a la fecha han sido otorgadas con 20 días de cierre de la pista norte al mes con seis horas de cierre por día, que incluyen 2 domingos al mes con 14 horas de cierre por día.*
- 3.** *Definición y acuerdo entre las partes del valor y el cronograma de ejecución de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III.*
- 4.** *Definición por parte de la Aerocivil de la fecha y duración del desplazamiento del Umbral requerido para ejecutar las Intervenciones que se encuentren pendientes en la cabecera 13L cuya duración mínima deberá ser de 3 meses.*
- 5.** *Ejecución por parte de la Aerocivil de las actuaciones eléctricas necesarias conforme a lo dispuesto en el Laudo del 4 de octubre de 2012, el cual define las condiciones de inicio de las obras en la RESA occidental y franjas de Pista Norte.*
- 6.** *Entrega por parte de la ANI de la comunicación donde se incluya el programa coordinado de las intervenciones a ejecutar por terceros en las mismas áreas en las que **OPAIN** ejecutará las obras*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

que le corresponden. **7.** Definición por parte de la **ANI** del alcance de las obras a ejecutar en la cabecera 13L.

Parágrafo Primero: La **ANI** manifiesta que los entregables 2 y 4 descritos en el párrafo anterior así como su alcance no son de su resorte y en ese sentido, su actuación únicamente se limitará a procurar que haya una adecuada coordinación entre la **AEROCIVIL** y **OPAIN**.

Parágrafo Segundo: Para la zona de la NIVELACIÓN DE FRANJA PISTA NORTE DENOMINADA FASE "3" la **ANI** entregará la modificación al diseño detallado, de las intervenciones a ejecutar en la Fase 3 de la Pista Norte para la mitigación de la interferencia que se presenta con las obras en la calle de salida rápida actualmente en ejecución por parte de CODAD, debidamente aprobada

Una vez se cuente con comunicación formal de la **ANI** en la que se defina el alcance del diseño CAT III que le corresponda ejecutar a **OPAIN** y se cuente con el diseño debidamente aprobado en un plazo máximo de 30 días hábiles siguientes a la recepción de la mencionada comunicación, **OPAIN** debe entregar a la **ANI** y al interventor técnico, los siguientes productos:

Cantidades de obra, listado de precios de materiales e insumos, análisis de todos los precios unitarios (en formato excel) y el presupuesto de obra (en formato excel), que permitan revisar las fórmulas. Igualmente, **OPAIN** debe entregar los APU's debidamente detallados y soportados con cotizaciones o subcontratos o facturas.

Costos indirectos debidamente detallados y soportados.

Cronograma de obra en formato Project.

PARÁGRAFO PRIMERO. En caso de que una o varias de estas circunstancias no se materialicen con la anterioridad suficiente de tal forma que garantice el inicio de las respectivas obras, las partes se comprometen a suscribir un acta de reprogramación en la cual se deberá establecer con el mayor nivel de detalle las condiciones de ruta crítica y las actividades a realizar por las partes y los terceros que ejecutan obras en la pista norte, cuyos efectos deberán ser revisados por las partes.

Hito 8B:

"DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II, y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II": Noviembre 30 de 2018, siempre y cuando Avianca restituya el Hangar 2 a **OPAIN** el 31 de marzo de 2018.

Hito 8C:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I" y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

TIPO C, D y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309- 014832 del 06 de agosto de 2014: 30 septiembre de 2018.

PARÁGRAFO SEGUNDO. *En caso de que las circunstancias se materialicen con la anterioridad suficiente de tal forma que garantice el inicio de las respectivas obras, **OPAIN** a los quince (15) días siguientes de recibir la comunicación escrita de la **ANI** donde informe sobre tal evento, contará con los siguientes plazos para ejecutar las obras:*

Hito 8A

"RESAS PISTA NORTE": 3 meses.

SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2": 3 meses

"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": 13 meses

Hito 8B:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I": 5 meses

DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II: 2 meses PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II: 5 meses.

Hito 8C:

SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014: 13 meses

PARÁGRAFO TERCERO. *La fecha de finalización de los demás subproyectos contenidos en la cláusula segunda del Otrosí No. 12 al Contrato de Concesión no se modifica. Para tales efectos, la fecha de entrega de estos subproyectos es el 31 de enero de 2017.*

CLÁUSULA SEGUNDA. *Las Partes manifiestan que en virtud de la reprogramación de la ejecución de los Subproyectos regulada en el presente documento, la fecha de finalización de la Etapa de Modernización y Expansión se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2018. En caso de que AVIANCA no restituya el Hangar 2 el 31 de marzo de 2018, las partes se comprometen a suscribir un acta de reprogramación en la cual se deberá establecer con el mayor nivel de detalle las condiciones de ruta crítica, las actividades a realizar por cada una de ellas y los efectos que se deriven de dicha situación, sin que esta reprogramación genere sanciones o multas a OPAIN siempre y cuando los retrasos no le sean imputables."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En segundo lugar, consideró lo señalado por el Ingeniero MUÑOZ en la pericia ordenada por el Tribunal, quien al responder a la Convocada la Pregunta 1 en la que solicitó determinar cuáles obras del Plan de Modernización y Expansión no habían sido ejecutadas en su integridad para el 1 de febrero de 2.018, respondió:

"De acuerdo con la información recogida y la visita efectuada a las instalaciones del Aeropuerto El Dorado, las obras del Plan de Modernización y Expansión no habían sido ejecutadas en su integridad para el 1 de febrero de 2.018, son las siguientes:

OBRAS EXPANSION Y MODERNIZACION AEROPUERTO EL DORADO			
HITO	ITEM	DESCRIPCION ITEM	AVANCE AL 1-02-2018
8	7	NIVELACION FRANJAS PISTA NORTE	99,76%
	11	DEMOLICION HANGAR AVIANCA FASE II. (HANGAR 2)	0%
	13	PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II. (HANGAR 2)	0%
	14	RECONFIGURACION PLATAFORMA TPA	20,42%

De la misma manera el Tribunal consideró lo que respecto de esos hitos se consignó en la Tabla que da cuenta de cada una de las obras y su fecha de entrega y/o recepción.

La citada Tabla corresponde a lo siguiente:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

HITO	SUBPROYECTO	CONSTRUCCIÓN		
		FECHA DE INICIO	FECHA DE FIN	FECHA DE TERMINACIÓN HITO
HITO 4	ZONA DE MANTENIMIENTO (no incluye recinto prueba de motores)	23-Oct-09	24-Feb-11	27-Feb-11
	RECINTO PRUEBA DE MOTORES	12-Aug-10	24-Feb-11	

HITO 6	TERMINAL 2	3-Nov-09	29-Jun-12	29-Jun-12
	PLATAFORMA NORTE Y DEMARCAION PLATAFORMA TERMINAL 2 (incluye red de hidrantes de combustible asociados y adecuación plataforma)	5-Jun-11	29-Jun-12	
	VIADUCTO	27-Nov-10	29-Jun-12	
	VIAS, REDES, PARQUEADEROS, SEPARACION REDES REAN/REAP/RTAN/RTAP (Requeridas para T2)	16-Sep-10	29-Jun-12	
	TECHO ESTACION REGULADORA	3-May-11	29-Jun-12	
	SUBESTACION ELECTRICA	1-May-11	29-Jun-12	
	REFUERZO SISMICO TERMINAL DE CARGA TC1 (Fase I y II)	6-Ago-10	29-Jun-12	

HITO 6A	EXPANSION DE BAHÍAS DE ESPERA DE LA PISTA NORTE FASE 1	7-Oct-11	12-Nov-12	12-Nov-12
	REUBICACION BASCULA PARA AERONAVES	3-Mar-12	12-Nov-12	

HITO 7	PROCESADOR CENTRAL TERMINAL 1	2-Mar-11	14-Jul-13	20-Oct-13
	MUELLE NOROESTE TERMINAL 1	14-Aug-12	14-Jul-13	
	MUELLE SUROESTE TERMINAL 1	15-Jul-12	20-Oct-13	
	VIAS, REDES, PARQUEADEROS, SEPARACION REDES REAN/REAP/RTAN/RTAP (Requeridas para T1) Y SISTEMA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES	15-Jul-12	20-Oct-13	
	PLATAFORMA EXTERIOR NOROESTE TERMINAL 1 (incluye red de hidrantes de combustible asociada – la cual podrá o no ejecutarse dentro del hito – y el mejoramiento iluminación uniforme)	14-Aug-12	14-Jul-13	
	PLATAFORMA EXTERIOR SUROESTE TERMINAL 1 (incluye red de hidrantes de combustible asociada, la cual podrá o no ejecutarse dentro del hito, y el mejoramiento de la iluminación uniforme y reconfiguración de aviación regional)	15-Jul-12	20-Oct-13	
	DEMOLICIÓN TERMINAL DE CARGA NACIONAL ESTE	1-Ene-13	14-Jul-13	
	PLATAFORMA ASOCIADA AL TERMINAL DE CARGA NACIONAL ESTE	15-Jul-13	20-Oct-13	

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

		CONSTRUCCIÓN		
HITO	SUBPROYECTO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FIN	FECHA DE TERMINACIÓN HITO
HITO 7	DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE I	01-Sep-16	10-Ene-17	31-Ene-17
HITO 7A	CONSTRUCCIÓN, INSTALACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL BANCO DE DUCTOS, CABLEADO Y NUEVA SUBESTACIÓN PARA LA NUEVA TORRE DE CONTROL	5-Mayo-14	31-Julio-14	31-Julio-14
HITO 7B	SUPERFICIES DE PROTECCION ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA DE LA PISTA NORTE, FASE I			31-Ene-17
HITO 8	DEMOLICION ANTIGUO AEROPUERTO			31-Ene-17
HITO 8A	RESAS PISTA NORTE			30-Nov-17
	SUPERFICIES DE PROTECCION ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II			
	EXPANSION DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE FASE 2			
OBRAS VOLUNTARIAS				FECHA DE TERMINACIÓN
VIAS DE ACCESO Y PARQUEADERO LADO TIERRA DEL EDIFICIO CISA				10-Julio-15

Total Obras entregadas: 50

Bogotá D.C., Febrero 12 de 2018

2/2

De lo anterior se colige de manera clara que la Pretensión Primera está llamada a prosperar desde la fecha establecida por el perito al responder a la pregunta formulada por la Convocada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

6. Sobre la Pretensión Segunda.

La Convocante formula su pretensión en la forma en que fue ya transcrita; no obstante, el Tribunal llama la atención sobre la expresión “Debería” que utiliza para referirse al pago del 4%.

En efecto, la Convocante señala:

"SEGUNDA: Que se DECLARE que, en virtud de lo pactado en la "CLÁUSULA 24.- PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN" del mismo Contrato de Concesión No. 6000169 OK, durante todo el término de extensión de la Etapa de Modernización y Expansión pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, OPAIN debería depositar en la subcuenta de excedentes a favor de la Aerocivil el 4% de sus ingresos regulados y no regulados, sin consideración a lo que ha sido hasta ahora la ejecución y cumplimiento de todas las demás obras de esa Etapa y sin consideración, tampoco, a que, de conformidad con la reprogramación acordada para las obras pendientes, estas se van a ir ejecutando y cumpliendo por OPAIN según la ANI, la AEROCIVIL y AVIANCA se lo vayan permitiendo".

En relación con esa forma verbal el Tribunal destaca, en concordancia con lo señalado por la Convocada al referirse a la falta de competencia que afectaría la decisión por no existir controversia al respecto, que el condicional simple, que en español se emplea para expresar acciones o situaciones hipotéticas, así como preguntas en tono de cortesía o deseos, no tiene correspondencia alguna con lo que ha sido probado, en la medida en que OPAIN ha suscrito con posterioridad a la celebración del contrato, varios acuerdos en los que ha mantenido su voluntad de aplicar la Cláusula 24, en los términos pactados: en consecuencia OPAIN no “debería” sino “debe”, de acuerdo con lo pactado, depositar ese 4%.

El Tribunal, en consecuencia, habrá de decidir que la pretensión prospera.

7. Sobre la Pretensión Tercera.

La Convocante formula la tercera de sus pretensiones así:

TERCERA: Solicito que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y con fundamento en la función que cumple la referida cláusula 24 del Contrato de Concesión, el principio de proporcionalidad, la equidad y la aplicación analógica de la ley; se le dé aplicación a los artículos 1596 del Código Civil, 867 del Código de Comercio y a la Ley

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

80 de 1993, reduciendo proporcionalmente el descuento del porcentaje del 4% de los ingresos regulados y no regulados, pactado en la cláusula 24 del contrato, durante la ejecución del Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, es decir a partir del 1 de febrero de 2017 y hasta que se termine la Etapa de Modernización y Expansión; reducción que deberá responder a un porcentaje que represente lo que falta del cumplimiento de la obligación principal.

Analizado el contrato y en particular su Objeto, consagrado en la cláusula 2, con el fin de definir el alcance de la cláusula 24 y como consecuencia de ello la función que ésta cumple en el contexto del contrato, es necesario considerar que deben aplicarse las reglas de interpretación del contrato que se disponen en el artículo 1622 del Código Civil, según remisión que a éste se efectúa en el artículo 13º de la Ley 80 de 1993¹⁷, aplicable al Contrato No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.

El citado artículo del Código Civil de manera clara señala:

"ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.
O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte." (Se subraya).

La aplicación de esta norma implica remitirse básicamente a las siguientes tres cláusulas contractuales:

1.97 Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión

*Se entenderá como el lapso comprendido a partir del **Día Calendario** siguiente al vencimiento del plazo estimado para la **Etapa de Modernización y Expansión** en el primer inciso de la **iError! No se encuentra el origen d e la referencia.** de este **Contrato de Concesión**, y la fecha efectiva de suscripción del **Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión**.*

¹⁷ ARTICULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º. del presente estatuto **se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.**

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"CLÁUSULA 12 RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO

*"A partir de la fecha de suscripción del Contrato, **el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos** que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus anexos y sus Apéndices o que se deriven de la naturaleza de este Contrato.*

"Por lo tanto, no procederán reclamaciones del Concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Concesionario y –consecuentemente– AEROCIVIL no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Concesionario, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato"

"a) ...

(...)

*"o) **los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este Contrato, tales como la señalada en la CLAUSULA 24 y las sanciones para retrasos imputables al Concesionario contenidas en el presente Contrato de Concesión***".

(Resaltado fuera de texto)

"CLAUSULA 24. PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN.

*La **Etapas de Modernización y Expansión** tiene una duración estimada de sesenta (60) meses, contados a partir del momento de la suscripción del **Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión**. Sin embargo, el plazo efectivo de la **Etapas de Modernización y Expansión**, será aquel que efectivamente transcurra entre la suscripción del **Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión** y la suscripción del **Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión**.*

*Independientemente de la causa que diera origen al Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, **imputable o no al Concesionario o a Aerocivil**, o debida a Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante ese período, serán depositados en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil durante la totalidad del Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.*

*Por lo tanto, si por cualquier causa, imputable al Concesionario, a Aerocivil o constitutiva de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se produjera un Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, **el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados, no hará parte de la remuneración del Concesionario** y será depositado directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Estas*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

sumas no serán transferidas a la Subcuenta Principal, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las Obras de Modernización y Expansión y suscribirse el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión.

*Lo anterior, sin perjuicio de las consecuencias de eventuales incumplimientos para las partes, en especial, de ser el caso, de las sanciones que puedan llegar a ser aplicadas al **Concesionario** como consecuencia del incumplimiento del **Cronograma de Obras**, de conformidad con lo establecido en el numeral 63.6 de la CLÁUSULA 63 y en la CLAUSULA 64 del presente **Contrato** y de las facultades de **Aerocivil** contenidas en la CLÁUSULA 68 y en la CLÁUSULA 69.*

*La disminución de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** del **Concesionario** durante el **Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución, extinción o novación de las obligaciones del **Concesionario** y por lo tanto éste continuará con la obligación de entregar a **Aerocivil** las **Obras de Modernización y Expansión** en las condiciones y calidades previstas en el presente **Contrato de Concesión**.*

*Durante la **Etapas de Modernización y Expansión** las partes cumplirán las obligaciones que para esta **Etapas de Modernización y Expansión** se establecen de manera especial en el presente capítulo, sin perjuicio del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que, sin encontrarse contenidas en el presente capítulo resulten aplicables durante la **Etapas de Modernización y Expansión** de acuerdo con los términos establecidos en el presente **Contrato**.*

Durante la Etapa de Modernización y Expansión el Concesionario deberá ejecutar todas las actividades de Administración, Operación, Explotación Comercial, Modernización y Expansión y Mantenimiento que resulten aplicables de conformidad con lo establecido en el presente Contrato." (Se subraya)

Además de estas previsiones y siguiendo la regla ya citada del artículo 1622 del Código Civil, el Tribunal ha tenido en consideración que las partes el 2 de septiembre del 2016 suscribieron el Otrosí 21 al que hace referencia la Convocante en su pretensión primera, acuerdo mediante el cual se ampliaron los plazos para la terminación de la Etapa de Modernización y Expansión y de manera precisa acordaron:

"CLÁUSULA SÉPTIMA. *Las Partes manifiestan que con el alcance del presente otrosí, **no se modifica el esquema de asignación de riesgos del contrato** y en ese sentido, se mantienen las condiciones de asignación de riesgos previstas en el Contrato de Concesión, vigente y aprobado por parte del Ministerio de Transporte mediante oficios del 18 de agosto y del 23 de septiembre de 2005, así como oficio del*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicado en la AEROCIVIL bajo el No.018561 del 27 de septiembre de 2005. (Se destaca)

...

CLÁUSULA NOVENA. *Las cláusulas y condiciones del Contrato de Concesión no modificadas por el presente otrosí conservan su vigencia y validez”.*

De lo anterior se deduce con claridad que el pago del 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados en el acuerdo contractual **se pactó como consecuencia de la ocurrencia de un riesgo económico que habiendo ocurrido** corresponde asumir a OPAÍN.

En su declaración el Dr. DURÁN manifestó haber redactado la cláusula 24 para ser un incentivo, pero que “*había quedado como un castigo*”¹⁸, alcance éste de “incentivo”¹⁹ que también se considera en el laudo arbitral del 4 de Octubre de 2.012, -que puso fin a diferencias entre las mismas partes y por el mismo Contrato-, y que, al contrario no coincide con la consignada en el concepto del Dr. MEDELLÍN, solicitado por la ANI, quien concluye que la cláusula 24 tiene el carácter de cláusula penal²⁰ y que este Tribunal acepta desde la perspectiva de un “*estímulo*” a superar cualquier contingencia que pueda comportar una extensión de los 60 meses calculados para terminar.

¹⁸ “DR. VENEGAS: A riesgo de doctor Durán de ser reiterativo y de que usted haya abordado, haya dado respuestas, tengo varias inquietudes que son las siguientes, a partir de las respuestas que usted le ha dado a las preguntas que se le han formulado en esta sesión, la orientación al momento de la elaboración de la cláusula 24, para usted tenía una función de estímulo, lo ha descrito en varias oportunidades, me gustaría conocer doctor Durán qué querían ustedes, cuál era el criterio, si había algún criterio de prevención, quería prevenir algo y si es así qué querían prevenir? SR. DURÁN: Yo diría que más que prevenir queríamos que hubiese un premio, lo que pasa es que fue puesto como un castigo, me hubiera quedado mejor redactado se fue más como un castigo que como un premio, no estoy hablando en términos legales, sino en términos puramente económicos, hubiera quedado mejor redactado si en vez de haber dicho lo que dijimos y probablemente con exactamente el mismo efecto económico hubiéramos dicho que en el momento que se termine la totalidad de las obras y se firme el acta de terminación de esa etapa, hay un salto y la remuneración se mejora probablemente no hubieran estas discusiones y todo el mundo estaría aplicando eso sin mayor, esa era la idea es que hubiese una especie de premio para cuando las obras se terminasen y por lo tanto esperábamos que eso hiciera o que el concesionarios estuviese, perdóneme lo coloquial, desesperado por terminar las obras que es lo que queremos todos los colombianos y es que las obras se terminaran (...)” *Se subraya.*

¹⁹ El incentivo en la Teoría económica del derecho que es la que campea en los contratos de concesión se considera parte del precio.

²⁰ “...Para iniciar debemos retomar lo dicho por el tribunal de arbitramento que estudió la cláusula 24, en virtud de lo cual hay que señalar que la mencionada disposición contractual se trata de un incentivo para el cumplimiento y no disposición eximente de responsabilidad. Pues bien, como se explicó arriba la cláusula penal puede cumplir únicamente la función de apremio y no necesariamente la de indemnización anticipada de perjuicios, caso en el cual, su función es la de generar “presión” en el deudor para que cumpla su obligación integralmente y en tiempo. Entonces podemos afirmar que este primer elemento se cumple, toda vez que el laudo del cuatro de octubre de 2013 señaló que la función de la cláusula 24 era de incentivar al deudor, lo que resulta ser un apremio para su cumplimiento. Por tanto, la cláusula 24 está cumpliendo la función de apremio de una cláusula penal” (Se subraya)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Resulta fundamental, considerando el carácter de riesgo -al que ya se hizo referencia- y lo pretendido por OPAIN, tener en cuenta, además, lo pactado en las cláusulas 6 y 55 cuyo texto es el siguiente:

"CLAUSULA 6. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO

El valor efectivo de este Contrato corresponderá al valor del Ingreso Bruto del Concesionario durante el plazo total de vigencia de la Concesión.

Para efectos fiscales el valor de este Contrato es indeterminado, pero determinable.

(...)

*El valor efectivo de este **Contrato** remunera también la **asunción de los riesgos comerciales, de demanda, de tráfico, de construcción, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos, de devaluación y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de Aerocivil.***

(...)” (Negrilla fuera de texto)

"CLAUSULA 55. REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

*La remuneración del **Concesionario** estará compuesta –únicamente– por el recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** que le han sido cedidos en virtud del presente **Contrato de Concesión**.*

*La suma resultante del recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**, remunera integralmente las obligaciones asumidas por el **Concesionario** con ocasión del presente **Contrato de Concesión** y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de **Administración, Operación, Modernización y Expansión, Explotación Comercial y Mantenimiento**, y el pago de la **Contraprestación a Aerocivil** deberán ser asumidas por el **Concesionario**, sin que se requiera de pagos o compensaciones por parte de **Aerocivil** y a favor del **Concesionario**.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*El recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**, también remunera la asunción de los **riesgos** a que se refiere de manera expresa la CLÁUSULA 12 y todos aquellos otros riesgos que por su naturaleza deban ser asumidos por el **Concesionario**. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este **Contrato**, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la remuneración del **Concesionario**, no afectarán la **Contraprestación a Aerocivil** ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones por parte de **Aerocivil** y a favor del **Concesionario**.*

*Lo previsto en los tres incisos anteriores se entiende sin perjuicio de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte de **Aerocivil**– de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este **Contrato**, sobre la remuneración a que tendría derecho el **Concesionario** por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al **Concesionario** con recursos distintos de los **Ingresos Regulados** y de los **Ingresos no Regulados**: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por **Fuerza Mayor o Caso Fortuito** cuando quiera que estos correspondan a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral 9.3. de la CLÁUSULA 9 (ii) **Obras Complementarias** señaladas en la CLÁUSULA 34 de este **Contrato**; (iii) Pagos de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales 57.1, 57.2 y 57.3 de la CLÁUSULA 57 de este **Contrato**; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de **Seguridad Aeroportuaria**, siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los **Ingresos Brutos** del **Concesionario** del semestre inmediatamente anterior y **Aerocivil** elija la opción contenida en el subnumeral 22 del numeral 44.7.2 de la CLÁUSULA 44 este **Contrato**.*

*Este **Contrato de Concesión** no supone una garantía de rentabilidad a favor del **Concesionario** y por lo tanto, el recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** durante la vigencia del presente **Contrato de Concesión**, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el **Concesionario**, así como los costos financieros, operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el **Concesionario** para el*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*desarrollo del **Proyecto**, incluido el pago de la **Contraprestación a Aerocivil**.*

*Este **Contrato** no supone una garantía de flujo de caja mínimo para el **Concesionario**, pues su remuneración depende del recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**. Por lo tanto, las variaciones positivas y negativas en el flujo de caja del **Concesionario** serán parte de los riesgos asumidos con ocasión del presente **Contrato**". (Se destaca)*

7.1 La Cláusula 24-Consideraciones adicionales.

Considerando que el caso principal de OPAIN se circunscribe a su solicitud (Pretensión Tercera) – fundamentada en diferentes conceptos jurídicos que buscan restaurar una suerte de justicia contractual – de modificación o, si se quiere, de moderación de la Cláusula 24 del Contrato con miras a que el 4% sobre los Ingresos Regulados y no Regulados allí previsto se adapte (esto es, se reduzca a 0.0708%; *Cf.* Alegatos de Conclusión de OPAIN, pág. 33) al supuesto estado avanzado de los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto (prácticamente, según OPAIN, un avance del 99% de los trabajos previstos) y que la ANI, por su lado, se opone a la modificación o, si se quiere, a la moderación de la Cláusula 24, argumentando que conceptos jurídicos que buscan restaurar una justicia contractual como aquellos invocados por OPAIN no son aplicables en este asunto y que, por el contrario, el principio *pacta sunt servanda* – comprendido en el artículo 1602 del Código Civil – debe ser aplicado en este caso, el Tribunal ha considerado necesario analizar cada uno de los elementos que fueron incorporados a la citada cláusula, así como los testimonios, los argumentos de las partes y el concepto del Ministerio Público que en la página 32 destaca los elementos a que se hará referencia en los siguientes apartes.

7.1.1 Límites temporales previstos en la Cláusula 24.

Como ya se destacó, la Etapa de Modernización y Expansión tiene una duración estimada de sesenta (60) meses, que se cuentan a partir del momento de la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión; la suscripción del Acta de Inicio marca el comienzo del cumplimiento de las obligaciones propias de la Etapa de Modernización y Expansión. Es una exacta oportunidad (suscripción del Acta de Inicio) con la cual empezó a correr el término (sesenta meses) para el cumplimiento de la Etapa de Modernización y Expansión.

Con todo, se agrega en la Cláusula 24, en el primer inciso, que **el plazo efectivo** de la Etapa de Modernización y Expansión será aquel que **efectivamente**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

transcurra entre la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa y la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa, esto es, que se delimita, aún más, el conteo de la ejecución para precisar que el plazo efectivo es aquel que realmente haya tomado la ejecución, entre los momentos de suscripción de las actas de inicio y de finalización.

7.1.2 Causa del origen del Período de Extensión.

La Cláusula 24 "*Plazo de la etapa de modernización y expansión*" prevé en el inciso segundo que "***independientemente***" de la causa que origine el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, sea o no imputable al Concesionario o a la Aerocivil, o debida a Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante ese período, serán depositados en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil.

Para las partes del contrato de concesión, entonces, hay una explícita abstracción o una específica obligación de no tener consideración la causa del inicio del Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, para la generación del cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados o No Regulados que se llegaren a causar durante ese período. Así las cosas, iniciado el período, el aludido cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados o No Regulados se deposita en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL.

7.1.3 Remuneración del concesionario por aplicación de la Cláusula 24.

La Cláusula 24 prevé también que no hará parte de la remuneración del Concesionario el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos No Regulados, si por cualquier causa imputable al Concesionario, a Aerocivil o constitutiva de Fuerza Mayor o Caso Fortuito se produjera un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

El cuatro por ciento (4%) será depositado directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL. El cuatro por ciento (4%) no será transferido a la Subcuenta Principal, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las Obras de Modernización y Expansión, y suscribirse el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión.

7.1.4 Efecto de los Incumplimientos en la aplicación de la Cláusula 24.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

El depósito o transferencia de los recursos en cuantía del 4% que se hace a la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL se hace, además, sin que ello implique ignorar las consecuencias de eventuales incumplimientos de las partes, "*en especial, de ser el caso*" de las sanciones que puedan llegar a ser aplicadas al concesionario, como consecuencia del incumplimiento del Cronograma de Obras, conforme lo previsto en el numeral 63.6 de la cláusula 63 y en la cláusula 64 del Contrato de Concesión, así como de las facultades de la AEROCIVIL señaladas en las cláusulas 68 y 69.

7.1.5 La Disminución de ingresos en la Cláusula 24.

La Cláusula 24 señala también que la disminución de Ingresos Regulados y No regulados del Concesionario durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución o novación de las obligaciones del Concesionario y, por tanto, el concesionario mantendrá la obligación de entregar a AEROCIVIL las obras de modernización y expansión en las condiciones y calidades previstas en el contrato de concesión.

7.1.6 Satisfacción íntegra de las obligaciones exigida en la Cláusula 24.

La cláusula prevé que, en adición, al cumplimiento de las obligaciones propias de la Etapa de Modernización y Expansión, las partes habrán de cumplir las otras o restantes obligaciones que resulten aplicables durante la Etapa de Modernización y Expansión, así se encuentren previstas o ubicadas en otros apartes del Contrato de Concesión. Y de análoga forma se señala, en la parte final de la Cláusula 24, de manera singular para el Concesionario, que deberá ejecutar las actividades de Administración, Operación, Explotación Comercial, Modernización, Expansión y Mantenimiento que resulten aplicables conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión.

7.1.7 Recapitulación parcial frente a la cláusula 24 del contrato de concesión

A manera de recapitulación, entonces, el Tribunal identifica como elementos de la Cláusula 24 del contrato de concesión, los siguientes:

El Tribunal observa, de una parte, que a la Etapa de Modernización y Expansión se le señala una duración de sesenta (60) meses con un carácter de estimada y, de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

otro, que la precisión de tiempo efectivo alude al efecto real de la ejecución del contenido de la prestación propia de la Etapa de Modernización y Expansión.

El Tribunal destaca que para las partes en el Contrato de Concesión suscrito se excluye o separa la consideración de la causa de la iniciación del Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Extensión, es decir, que se retira cualquier atención o valoración respecto de la causa del comienzo del mencionado Período y que, conforme al tenor de la misma previsión, habrá de depositarse el 4% de los Ingresos Regulados y No Regulados en la subcuenta de excedentes de AEROCIVIL.

El Tribunal registra, además, que se señala una absoluta independencia entre la causa que da origen al Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Extensión, esto es, que se prescinde con carácter total de considerar cualquier situación o circunstancia de imputabilidad o atribución de responsabilidad a cualquiera de las partes o de tomar con consideración hipótesis de Fuerza Mayor o Caso Fortuito como incidentes en el cumplimiento de la obligación de depositar o transferir el cuatro por ciento (4%) de los ingresos Regulados o no regulados. Se prevé que siempre habrá de depositarse o transferirse.

El Tribunal reliva también que el cuatro por ciento (4%) no hace parte de la remuneración del concesionario, si se presentara cualquier situación imputable a la AEROCIVIL, al concesionario o que fuere constitutiva de fuerza Mayor o Caso fortuito y se produjera el inicio de la Etapa de Extensión. Ello implica que la obligación de depositar o transferir el cuatro por ciento (4%) se da con independencia de cualquier situación aflictiva para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario y también que no se erige en parte de la remuneración del concesionario, es decir, que tiene un carácter de independencia total.

El Tribunal, entonces, en resumen, identifica que el depósito o transferencia del cuatro por ciento (4 %) de los Ingresos Regulados o No Regulados se hace con independencia de la causa del origen del Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, sea o no imputable a Fuerza Mayor o Caso Fortuito; ese porcentaje se hace con prescindencia de considerarlo como parte de la remuneración del concesionario, se hace además sin tener en cuenta el cumplimiento de las obligaciones o sin considerar la atención del cronograma.

A partir de tales elementos (duración, plazo efectivo, depósito o transferencia, independencia de cualquier causa o situación para hacer el depósito o transferencia, entre otros) que resultan principales frente a la cláusula 24 del contrato de concesión, el Tribunal observa una regulación, como condición

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

contractual precedente, en lo atinente a la asignación de recursos, se reitera, con independencia de la ocurrencia de cualquier evento durante un período delimitado. También registra que se trata de un ingreso estipulado (cuatro por ciento) con destinatario específico (la subcuenta de excedentes de la AEROCIVIL) que para una de las partes (la demandante) habría de proporcionarse, como se vio en la descripción precedente de pretensiones, mientras que para la entidad pública demandada no es menester tal ejercicio de proporcionalidad o que de tal cláusula haya que proporcionar o pagar proporcionalmente.

7.2 Los Testimonios.

Para resolver la controversia, además de las consideraciones ya efectuadas, el Tribunal considera necesario, entonces, analizar lo relativo a los antecedentes de la incorporación de la varias veces mencionada Cláusula 24 del Contrato de Concesión, y para ello resultan útiles los testimonios rendidos el 25 de enero de 2018, en los cuales se hizo alusión al tema.

7.2.1 Testimonio de ALVARO MAURICIO DURAN LEAL

En el testimonio del profesional del derecho ALVARO MAURICIO DURÁN LEAL, quien participó en la etapa de estructuración del proyecto y naturalmente del contrato analizado y de la Cláusula 24, se alude a una orientación de incentivos y que las estipulaciones económicas no dependan de sanciones o incumplimientos ni se asocien con multas pues, a su juicio, en los *"... proyectos de infraestructura, más que los castigos, más que las multas, más que las declaratorias de incumplimientos, son los incentivos económicos los que suelen en la vida real producir los mejores resultados"*²¹.

De igual manera en dicho testimonio, el mencionado abogado al absolver una pregunta hecha por el apoderado de la convocada indica lo siguiente: *"Es correcto, sí señor, el riesgo de que haya una demora por razones de que no le son imputables a él, pero como usted me pregunta por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero, fue del concesionario en este caso en cuanto al 4% se refiere"*²².

Para atender una pregunta del Ministerio Público, acerca de la naturaleza de la Cláusula 24 del contrato de concesión, y su eventual concomitancia con una cláusula penal, el abogado ALVARO DURÁN señala: *"No recuerdo que nosotros*

²¹ Página 4 del testimonio de Alvaro Mauricio Duran Leal, en el Tribunal arbitral de Sociedad Concesionaria Aeroportuaria Internacional OPAIN SA versus Agencia Nacional de Infraestructura

²² Página 12, del mismo testimonio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

hayamos pensado en la cláusula 24 particularmente en el segundo inciso en donde habla del 4% que será depositado en la subcuenta de excedentes, no creo que corresponda, al menos no lo pensamos que correspondiera a la naturaleza a una cláusula penal, porque hasta donde recuerdo una cláusula penal implica un incumplimiento y una imputabilidad, sin imputabilidad no hay sanción y la cláusula penal hay sancionatoria y esto tiene desde el punto de vista legal y al menos así los abogados lo hicimos pensábamos así, no sé si estábamos equivocados o no, esto no tenía o no era nuestra intención que tuviera una naturaleza sancionatoria”²³.

En otros apartes de su testimonio y ante una pregunta acerca de si con la mentada Cláusula 24 se había deseado introducir un “criterio de prevención”, el abogado DURAN LEAL precisó “... más que prevenir queríamos que hubiese un premio, lo que pasa es que fue puesto como un castigo ...”²⁴ e indica, en adición, el carácter definitivo “a diferencia de otra cláusula del contrato que tiene una estipulación similar pero es así ... otro incentivo que era para terminar la etapa, creo que se llamaba etapa previa”²⁵.

De manera que, con fundamento en el mencionado testimonio, el Tribunal –entre otros elementos de importancia- recoge que la mencionada cláusula contiene un premio o recompensa por la terminación de las obras; que el incentivo reviste un carácter definitivo, sin ánimo de prevención, carente de temporalidad; que no se guió tampoco por los elementos de una cláusula penal bajo la consideración de prescindir de las consideraciones de incumplimiento e imputabilidad.

7.2.3 Testimonio de ANDRÉS FIGUEREDO SERPA.

Antiguo funcionario de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, durante un período cercano a los siete (7) años, precisa que la Cláusula 24 tiene como efecto que “... se empezaba a causar o disminuir un 4% de los ingresos brutos lo cual no entraban a formar parte de la remuneración del concesionario, entiéndase como los ingresos brutos la sumatoria de los ingresos regulados y no regulados del contrato, recursos que tendrían que ser destinados a la subcuenta de excedentes y en ningún caso en la subcuenta principal, hasta tanto no se concluyera el 100% de las obras del plan de modernización” y que siempre, en los ajustes al contrato, “... dejábamos a salvaguarda la vigencia y la aplicabilidad de las condiciones del descuento del 4% sin perjuicio de la reprogramación que se hubiese pactado o que se estuviera pactando en el respectivo otrosí, es decir, ese otrosí en ningún caso

²³ Páginas 14 y 15 del mismo testimonio.

²⁴ Página 19 del mismo testimonio.

²⁵ Página 20 del mismo testimonio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*podría interpretarse de que se alteraba la asignación de riesgos del contrato y que esa cláusula en particular quedaba sin efecto*²⁶.

Precisa las tardanzas en obras tales como " *vías, redes, parqueadero, nivelación de pista, demolición de hangar y plataforma hangar dos y plataforma y red de combustible del terminal aéreo*"²⁷, y que hasta la fecha en la cual fue funcionario de la Agencia Nacional de Infraestructura " *... recuerdo que quedan pendientes todavía terminar las franjas iban en un 98%, 99%, pero estaba pendiente todavía concluirse con la ejecución de esas franjas, entiendo que eso fue objeto de una reprogramación para febrero de este año, o sea ahorita todavía está como en tiempo para que puedan terminar, lo cual no sería sujeto a un proceso sancionatorio, eso es lo que recuerdo, pero entiendo que aún no han terminado*"²⁸. Al responder pregunta del apoderado de la entidad demandada, hace mención a que no pueda procederse a la demolición del hangar, en los siguientes términos: " *Tiene varios consecuentes, uno que no se logre concluir la expansión de posiciones de parqueo remotas programadas y planificadas para el aeropuerto, dos también incluso por recomendación del propio Opain en su momento no se lograría concretar la intervención de red de combustibles, porque con una experiencia en el pasado que ellos tuvieron en donde hicieron esa red de combustibles en la medida en que la dejaron de usar por un tiempo mientras se ponía en funcionamiento, pues los costos de mantenimiento en que se incurrían para eso eran mayores y eso podía correr el riesgo que se deteriorara el .. hay una serie de redes vibrantes que no se han logrado intervenir o iniciar su ejecución hasta tanto no esté completamente como dicen los ingenieros la pista despejada para poder hacer intervenciones, entonces no es posible consecuencia le entendía y esas son obras que también forman parte del plan de modernización*"²⁹.

Al atender una pregunta de la señora Presidenta del Tribunal, el testigo FIGUEREDO SERPA indica que uno de los factores que impidió concluir un arreglo conciliatorio, no obstante múltiples reuniones e intercambio de opiniones en su procura, consistió en que " *el concesionario lo que aspiraba era que se le suspendiera la aplicabilidad de la cláusula lo cual desde siempre le dijimos que eso no era posible, no sólo porque el contrato lo decía sino porque además ya también habían precedentes en torno al tema de la validez de la aplicabilidad de la cláusula*"³⁰. Y , además, que la cláusula era " *perfectamente legítima*" y que ellos – se refiere a la demandante, es decir, OPAIN- " *insistían en que se suspendieran*", al

²⁶ Página 24 del testimonio de Andrés Figueredo Serpa, en el Tribunal Arbitral de Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional OPAIN SA versus Agencia Nacional de Infraestructura.

²⁷ Página 25 del mismo testimonio.

²⁸ Página 27 del mismo testimonio.

²⁹ Página 29 del mismo testimonio.

³⁰ Página 31 del mismo testimonio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

propio tiempo que alude a la eventual metodología de conciliación, aspecto en el cual indica que *"porque obviamente no se logró más que un descuento del 4%, como también se pretendía en algún momento por parte de Opain era que no se cobrara el 4% de pleno o que no se descontara el 4% de pleno"* y que, por parte de la ANI, *"lo que les decíamos era que lo que eventualmente se podría entrar a mirar era la posibilidad de cuantificar si hay y hubiera lugar y sí se podía demostrar la acusación (sic) de perjuicios por posibles incumplimientos que se hubieran generado en el desarrollo de las obras y que no fueran atribuibles al concesionario, sin perjuicio de que la cláusula 24 siguiéndose aplicándose, o sea en eso siempre fuimos muy claros, en indicar que no estábamos dispuestos y no teníamos la posibilidad de renunciar ese cobro"*³¹.

Afirma que *"no podían dejar de cobrar el 4% y que lo que teníamos era que entrar a mirar hasta donde se podían calcular los perjuicios, pues empezaron a planear de parte y parte una serie de fórmulas, unas asociadas a como el querer o el criterio del concesionario asociados al porcentaje de obra que estaba por ejecutar ... y con algún planteamiento de proporcionalidad entrar a hacer una disminución a ese 4% ..."*. Y concluye precisando que se malogró el propósito de las conversaciones porque *"... para nosotros es claro que independiente de la obra y de las causales que han impedido que la obra se ejecute, lo que el contrato sí señala es que las obras tienen que estar 100% terminadas hasta la última de ellas"*.

Alude también al aspecto de proporcionalidad del 4%, al responder una pregunta del apoderado de la demandante, en especial a la opinión rendida por el doctor CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA, el cual –a juicio del testigo FIGUEREDO SERPA- *"en su concepto fue muy enfático en decir que el 4% era irrenunciable, que eso no se podía negociar, pero sobre la base que se pudieran demostrar los perjuicios ..."*. Y que en las deliberaciones entre OPAIN y la ANI, demandante y demandada en este trámite, se pasó de la consideración de acudir a proporcionar o emplear la proporcionalidad a la configuración de un perjuicio, como consecuencia de diversas razones, entre otras, que la *"pretensión inicial de Opain de que se le aplicara un criterio de proporcionalidad al 4% no era procedente y que si acaso se lograra llegar a demostrar el perjuicio lo que se podía es entrar a buscar un mecanismo para cuantificar ese perjuicio"*³².

7.2.4 Testimonio de OSCAR LAUREANO ROSERO JIMÉNEZ.

³¹ Página 32 del mismo testimonio.

³² Páginas 36 y 37 del mismo testimonio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Este testigo presta sus servicios profesionales a la Agencia Nacional de Infraestructura, en la supervisión a los indicadores financieros y el cumplimiento contractual de los temas financieros, específicamente en el contrato celebrado entre la AEROCIVIL y OPAIN, en 2006. De manera concreta su labor se contrae a *"hacer la interventoría de los recursos que son consignados por contraprestación o específicamente en ese caso del 4%, recursos de interventoría, la ejecución de la subcuenta de excedentes con el cual se pagan ciertos elementos del contrato, analizar posibles modificaciones contractuales que pueden impactar financieramente el contrato"*³³.

Agrega que *"del 100% de los ingresos regulados y no regulados el 4% de los mismos son distribuidos de ese global del 100%, según la oferta inicial el 46-16% de los ingresos causados le corresponde a Aerocivil como contraprestación y el saldo es parte de los ingresos que debe recibir el concesionario, por tanto al tomar ese 4% y ese 100% también le aplica la nueva proporcionalidad, es decir, que en ese caso ese 4% la participación que es de Opain, es del 2.15%. El monto de recursos que factura la concesión asumiendo que es \$ 100, de esos \$ 100 como lo está estableciendo esa cláusula hay que sacar \$4 y esos \$4 pasan a ser excedentes de la subcuenta de excedentes".* Y que de esos ingresos *"la Aerocivil debería recibir el 46% y el concesionario el saldo, si tomamos ese 4% ... entonces las mete ahí Opain participa en el 2.15%, pero sin embargo como está la cláusula ese 4% ya pasa definitivamente a la sub-cuenta de excedentes"*.³⁴

En materia de capacidad de disposición de tales recursos, indica que es la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la que ejecuta los recursos de esta subcuenta.

De los testimonios rendidos se observa que las partes contaban con conocimiento adecuado respecto del alcance de la Cláusula 24, siendo útil señalar que la cláusula tuvo una vocación de premio o recompensa por la culminación de unas obras y recíprocamente de premio o apremio cuando hubiese retrasos o tardanzas en su entrega, con la orientación descrita por el abogado ALVARO MAURICIO DURÁN en el testimonio rendido ante el Tribunal, atrás parcialmente transcrito, que hizo énfasis en que la Cláusula 24 varias veces mencionada del Contrato de Concesión prevé unas medidas incentivadoras o de retribución o compensación o remuneración de un servicio y que devino en una herramienta de coacción frente a las demoras, a fin de compeler la conclusión y entrega de las obras.

³³ Página 48 del mismo testimonio.

³⁴ Página 50 del mismo testimonio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

7.2.5. Audiencia de contradicción al dictamen pericial rendido por el Ingeniero LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ.

En adición, el perito designado por el Tribunal al absolver la pregunta número 1 del cuestionario que le fue señalado, respondió de la siguiente manera³⁵ :

"Dentro de la estructura de costos de la propuesta del concesionario Opain, no existe evidencia que permita afirmar que el concesionario haya tenido en cuenta el valor del 4% o algún porcentaje sobre los costos regulados y no regulados para ser descontado en el evento de no concluir en el plazo previsto, todas las obras de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado."

Para el Tribunal, entonces, con fundamento en el juicio del perito se tiene que en la estructura de costos en la oferta no se previó regulación alguna respecto del 4% como valor que pudiese ser descontado, en la hipótesis de no concluir en el plazo previsto todas las obras de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado.

En tal sentido, debe indicarse que -en términos de antecedentes- no hay ninguno que haya sido verificado por el perito, ni tampoco que surja del plenario probatorio, que previese la opción del descuento o retención del 4% en función de la conclusión y entrega de las obras mencionadas de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado y ello ha de tomarse en consideración para efectos de la determinación que adopte el Tribunal, con la perspectiva de preservar la congruencia y la consecutividad de unas determinadas actuaciones y de otro que su modificación o su alteración cuenten con una justificación materia de valoración, pues es evidente que una conducta es susceptible de modificaciones o transformaciones.

La controversia sometida a decisión del Tribunal, como se ha dicho varias veces, versa sobre la cláusula 24 del contrato de concesión cuya literalidad pareciera imponer la exclusión de cualquier relación, es decir, un carácter absoluto y que se enfrenta con el descuento o retención del porcentaje del 4% hecho derivado de la demora en la conclusión de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado.

³⁵ Informe pericial elaborado por el ingeniero Luis Orlando Muñoz Muñoz, de marzo de 2018,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Sobre la citada cláusula a partir de lo anterior, es viable concluir que no obstante ser defectuosa, no podría considerarse ambigua pues de su lectura, en concordancia con las citadas 6, 1.97, 12 y 55 no surge que aquella pueda ni prestarse a diferentes interpretaciones para ser calificada de ambigua, ni tampoco que pueda considerarse oscura. En ella simplemente se dispone un pago desde el vencimiento de los sesenta (60) meses contados desde la suscripción del **Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión** hasta la suscripción del **Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión**, condición contractual que aún no se ha cumplido y que como se indica en el laudo ya citado³⁶ podrá dar lugar a la reclamación de los perjuicios derivados de dicho pago, si en efecto tales perjuicios son probados por OPAÍN. Al respecto es posible además inferir que **por tratarse de riesgo expresamente aceptado, OPAÍN**, ante su posible ocurrencia, era su deber de prudencia adoptar las medidas para asegurarse contra los efectos económicos que esto comportara.

8. Las posiciones de las partes.

El resumen de las posiciones de las Partes que sigue se concentra en los argumentos principales que fueron esgrimidos y a los cuales ya se ha hecho referencia. El Tribunal, sin embargo, revisó todos y cada uno de los argumentos expuestos durante el proceso arbitral.

8.1 OPAIN- Argumentos principales.

OPAIN solicita la modificación o, si se quiere, la moderación de la Cláusula 24 del Contrato sobre la base de tres argumentos principales:

En primer lugar, OPAIN (*Cf.* págs. 1 a 4 y 16 del Alegato de Conclusiones de OPAIN) alega que las Partes se habrían puesto de acuerdo en acudir al juez del Contrato, esto es, ante este Tribunal para, dentro del marco de este arbitramento, negociar y llegar a un acuerdo para reducir el porcentaje (4%) previsto en la Cláusula 24 del Contrato.

El Tribunal fue, en efecto, testigo de los múltiples intentos de buena fe que hicieron las Partes para lograr un acuerdo en el sentido indicado.

³⁶ "En efecto, **en todos los casos en que la extensión es por causa imputable a la entidad pública, el contratista podría reclamar la indemnización de perjuicios**, la que podría incluir precisamente la totalidad o parte de las sumas que el contratista haya pagado en virtud de la cláusula 24, en la medida en que se pueda acreditar que dicho pago constituye un daño". (Se resalta)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En términos jurídicos, OPAIN aduce que el comportamiento de la ANI durante dichas negociaciones habría creado una confianza legítima en que se llegaría a un acuerdo, y sugiere que, por razón de una aplicación de dicha confianza legítima (o de una suerte de teoría basada en los "*actos propios*"), el Tribunal sería competente y tendría la autoridad para adaptar el 4% de la Cláusula 24 del Contrato al estado avanzado de los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto. En términos más abstractos, el inveterado principio de la buena fe militaría para que el Tribunal corrija la injusticia consistente en aplicar el 4% de la Cláusula 24 del Contrato cuando los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto observan un avance del 99%.

En segundo lugar, OPAIN, en el que parece ser su argumento esencial (*Cf.* págs. 16 a 28 de los Alegatos de Conclusión de OPAIN), califica la Cláusula 24 del Contrato como "*cláusula penal*" o "*pena contractual de apremio*" y, sobre la base de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, sostiene que el Tribunal, ante el innegable hecho del avance en un 99% de los trabajos, puede y debe adaptar el 4% de la Cláusula 24 del Contrato al estado avanzado de las obras de modernización y expansión del aeropuerto.

Para retener las calificaciones jurídicas señaladas, OPAIN le da especial importancia a un concepto que el Dr. Carlos Medellín preparara para la ANI en el que el distinguido jurista concluyera que la Cláusula 24 del Contrato es una "*cláusula penal de apremio*".

Además, OPAIN parece sostener que, cada vez que una cláusula contractual prevea una "*sanción económica*", estaríamos en presencia de una "*cláusula penal*".

Por último, OPAIN sugiere (sin desarrollar con mucho detalle) el argumento de que la falta de adaptación del 4% de la Cláusula 24 del Contrato habría causado un desequilibrio económico del Contrato (*Cf.* págs. 27 y 28 de los Alegatos de Conclusión de OPAIN) y que, por consiguiente, el Tribunal debería reequilibrarlo.

8.2. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-Argumentos principales.

Por su parte, la ANI se opone a la modificación o, si se quiere, a la moderación de la Cláusula 24 del Contrato sobre la base de tres argumentos principales:

En primer lugar, la ANI opone la excepción de cosa juzgada a la Pretensión Tercera de OPAIN. La ANI, en especial, sugiere que el fundamento del caso de OPAIN es que la Cláusula 24 del Contrato es abusiva y que, por ende, debe ser modificada o, si se quiere, moderada. Ahora bien: el carácter abusivo o no de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Cláusula 24 del Contrato, según la ANI, ya habría sido examinado y decidido por otro tribunal de arbitramento convocado sobre la base de la misma cláusula compromisoria que da lugar al presente proceso arbitral, y dicho tribunal habría sostenido, en un laudo del 4 de octubre de 2012, que la Cláusula 24 del Contrato no es abusiva.

Dicho Tribunal, por ejemplo, sostuvo lo siguiente:

*"[...] Desde esta perspectiva no encuentra el Tribunal que la cláusula a la que se ha hecho referencia [24] pueda ser calificada de abusiva. En efecto, en primer lugar, la misma no fue impuesta por una parte a la otra abusando de su derecho o de la condición de inferioridad de la otra. La cláusula fue incluida en la minuta del contrato que hacía parte de los términos de referencia de la licitación, los cuales eran libremente aceptados por quien deseara participar en la misma [...]
[...] En el presente caso no se puede considerar que se está ante una relación de este tipo. Las personas que participan en una licitación, como es aquella en virtud de la cual se celebró el contrato objeto de este proceso, son profesionales que además conocen claramente a qué se obligan y son libres o no de contratar con la administración según les convenga [...]"* (Laudo del 4 de octubre de 2012, pág. 535; citado en la pág. 14 de los Alegatos de Conclusión de la ANI).

En segundo lugar, la ANI, de la mano del laudo transcrito más arriba, invoca el principio según el cual las Partes son entidades profesionales y sofisticadas y, por ende, sabían o han debido saber lo que hacían al aceptar la Cláusula 24 del Contrato. En particular, la ANI arguye, entre otras cosas, que

- OPAIN conoció la existencia de la Cláusula 24 desde que recibió los pliegos de la licitación y, entre los documentos anexos, la minuta de contrato respectiva; y
- Durante la negociación y suscripción de los numerosos otrosíes al Contrato, OPAIN nunca solicitó la modificación de la Cláusula 24 del Contrato y, más bien, dejó siempre intacto el texto de la misma.

OPAIN no podría ahora, por lo tanto, eludir la aplicación de una cláusula contractual a la que consintió libremente y con pleno conocimiento de causa.

En tercer lugar, la ANI alega que la Cláusula 24 del Contrato no puede ser calificada jurídicamente como una "cláusula penal de apremio" o, en todo caso, como una "sanción económica" y, por consiguiente, los artículos 1596 del Código

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Civil y 867 del Código de Comercio no serían aplicables en este caso. Para demostrar este argumento, la ANI, en especial, se apoya sobre tres elementos esenciales:

- Primero, la ANI se apoya sobre lo sostenido por el Tribunal Arbitral en su laudo del 4 de octubre de 2012. En particular, dicho tribunal, en la página 426 de su Laudo (Cf. Alegatos de Conclusión de la ANI, pág. 6), afirmó lo siguiente:

[...] Así las cosas, interpretada la cláusula en su integridad es claro que no constituye una forma de exoneración de responsabilidad, ni tampoco pretende trasladar la responsabilidad de una parte a la otra. Entiende el Tribunal que el propósito de esta cláusula es crear un incentivo para el Contratista para procurar que los períodos de extensión, independientemente de su causa, sean los más cortos posibles. Tales sistemas de incentivos no encuentran el Tribunal que afecten el orden público o las buenas costumbres [...]

- Segundo, la ANI se refiere al testimonio del Dr. ALVARO DURÁN LEAL, distinguido abogado que diseñara la licitación y la minuta de contrato anexa a ésta, **testigo citado de oficio por el Tribunal**, quien, a preguntas del Tribunal, respondiera lo que sigue:

"[...] sí tengo y recuerdo elementos por los cuales esa cláusula fue incorporada, contiene elementos de orden financiero fundamentalmente y de orden legal, para tratar de ordenar la conversación esto básicamente esto empieza por una aproximación que nosotros tenemos a la estructuración de los proyectos de acuerdo con la cual los incentivos y las estipulaciones económicas que no dependan o que no esté asociadas necesariamente ni a sanciones, ni a incumplimientos, ni a multas son la mejor manera de conseguir los resultados que la sociedad espera de los proyectos de infraestructura, más que los castigos, más que las multas, más que las declaratorias de incumplimientos, son los incentivos económicos los que suelen en la vida real producir los mejores resultados [...]"

- Y, tercero, la ANI subraya que la Cláusula 24 del Contrato no se halla ubicada en el capítulo sancionatorio (VIII) del Contrato.

En suma, la Cláusula 24, según la ANI, comprendería un incentivo para que el Concesionario termine los trabajos a tiempo o, al menos, lo más rápidamente posible, y no contendría una sanción o pena.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

9. Consideraciones derivadas de la Naturaleza o Calificación de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión

No obstante que el Tribunal ya ha destacado que en el Contrato la Extensión de la Etapa de Modernización se consigna como un riesgo a cargo de OPAIN y que a partir de los testimonios transcritos se recaba el carácter de recompensa, premio o mecanismo incentivador, le corresponde ahora ,como lo plantea el demandante, analizar si de tal cláusula procede, como se menciona en la pretensión tercera de la demanda arbitral, fuera de la comprensión de su función –tarea acometida ya por el Tribunal en apartes anteriores específicamente en “*consideraciones generales*” y en “*recapitulación*”- la asignación o la atribución de un principio de proporcionalidad, de la equidad y la aplicación analógica de la ley y que se dé adecuación o adaptación del artículo 1596 del Código Civil (que alude a la rebaja de la pena en las obligaciones con cláusula penal), también del artículo 867 del Código de Comercio (que regula la cláusula penal en los contratos mercantiles) y de la ley 80 de 1993. Y ello para reducir *"proporcionalmente el descuento del porcentaje del 4% de los ingresos regulados y no regulados, pactado en la cláusula 24 del contrato, durante la ejecución del otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, es decir, a partir del 1 de febrero de 2017 y hasta que se termine la Etapa de Modernización y Expansión; reducción que deberá responder a un porcentaje que represente lo que falta del cumplimiento de la obligación principal"*.

El Tribunal a continuación hace alusión a los conceptos (proporcionalidad, equidad, aplicación analógica de la ley) y disposiciones mencionadas (artículos 1596 del Código Civil, 867 del Código de Comercio y la ley 80 de 1993) por el apoderado de la parte demandante.

9.1. Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad tiene varias acepciones, una –en el derecho administrativo- como la adecuación del ejercicio de las potestades públicas a los fines que se persiguen con su ejercicio, otra -en derecho tributario- como la relación directamente proporcional con la base imponible o liquidable, una más -en el derecho procesal- como nota característica del procedimiento de medidas cautelares en cuya virtud se adopta la medida que resulte menos gravosa para el fin que se pretende y, en general, como un principio inspirador de procedimiento

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

sancionador por el cual las sanciones disciplinarias han de graduarse guardando la debida adecuación con la gravedad y circunstancias de la infracción³⁷.

9.2. La equidad

Es un principio de justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso³⁸. El Tribunal entiende que la equidad sólo procede en aquellos casos en los cuales no hay disposición expresa que regule una situación para su resolución; o en aquellos casos en los cuales la misma ley faculta para aplicar o invocar la equidad como criterio para resolver una controversia, como lo prevé por ejemplo el artículo 867 del código de comercio, mencionado también en la demanda arbitral, específicamente en la pretensión tercera, y que más adelante se transcribe y que se analiza. Pero ha de indicarse que la equidad procede en caso de expresa habilitación legal para su empleo.

9.3. Aplicación analógica de la ley

La aplicación analógica de la ley, que también es mencionada por el apoderado de la parte demandante, corresponde a la aplicación de una disposición legal a una situación equivalente en la cual se aprecian omisiones u olvidos o carencias en su regulación legal. O cuando se extienden, por alguna sinonimia o por equivalencia, regulaciones a otros casos no comprendidos por aquella³⁹. La analogía es ajena a las disposiciones legales de naturaleza penal o para eventos de punición, por aplicación del principio que no hay pena sin ley previa.

La revisión de estos conceptos ha servido al Tribunal para afirmar la posición que se consigna en el capítulo siguiente y en la parte resolutive del laudo.

CAPITULO CUARTO. **CONCLUSIONES FINALES.**

1. Conclusiones finales.

Luego de haber examinado las posiciones de las Partes con atención y cuidado y de haber deliberado, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no tiene la autoridad para modificar o, si se quiere, moderar la Cláusula 24 del Contrato como lo solicita OPAIN en su Pretensión Tercera y que ésta debe ser por ende denegada por los siguientes motivos:

³⁷ Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, Espasa libros, 2016, página 1361.

³⁸ Ibídem, página 762.

³⁹ Ibidem, página 154.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

-En primer lugar, este Tribunal no puede ignorar que un Tribunal Arbitral anterior, constituido entre los mismos polos contractuales (AEROCIVIL / ANI y OPAIN) y sobre la base de la misma cláusula compromisoria, determinó en un laudo del 4 de octubre de 2012 que la Cláusula 24 del Contrato no era abusiva. Dada dicha decisión, parecería que un Tribunal Arbitral anterior ya decidió con fuerza vinculante y de cosa juzgada que el supuesto de hecho del artículo 867 del Código de Comercio no puede darse en la realidad. Dicha norma prevé lo siguiente:

"ART. 867 [Cláusula Penal] – *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte"(el subrayado es del Tribunal).

Si, como sostuvo el primer Tribunal Arbitral referido, la Cláusula 24 del Contrato no es abusiva, es menester concluir que ésta no puede ser tachada, como lo requiere el artículo 867 del Código de Comercio, como "*manifiestamente excesiva*".

Es, además, menester subrayar que OPAIN no demostró – especialmente mediante argumentos de orden económico dentro del contexto del Contrato como una totalidad – ante este Tribunal por qué el 4% de la Cláusula 24 sería "*manifiestamente excesivo*".

-En segundo lugar, el Tribunal debe aceptar el argumento de la ANI según el cual las Partes, como profesionales competentes, sabían o han debido saber lo que hacían al suscribir el Contrato junto con su Cláusula 24.

Los hechos de este caso dejan la impresión, señalada por la ANI, de que OPAIN, luego de haber consentido libremente y sin ambages a dicha Cláusula 24, buscó de dos formas distintas que ésta no fuera aplicada una vez que se extendiera la etapa de modernización y expansión del aeropuerto:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

1. *En un primer arbitraje*, OPAIN solicitó al Tribunal que éste anulara la Cláusula 24 del Contrato. Dicho tribunal, sin embargo, denegó la pretensión anulatoria de OPAIN en un laudo del 4 de octubre de 2012, antes citado y,
2. *OPAIN insistió en negociar* con la ANI una adaptación del 4% de la Cláusula 24 del Contrato al estado avanzado de los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto, e inició el presente arbitramento con dicho fin.

En este caso, sin embargo, es absolutamente claro que OPAIN **asumió totalmente los riesgos inherentes a cualquier período de extensión de la etapa de modernización y expansión del aeropuerto**. Entre los riesgos que, según la Cláusula 12 del Contrato, asumió el Concesionario, se encuentran identificados claramente los siguientes:

"(...) Los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este Contrato, tales como la señalada en la CLAUSULA 24 y las sanciones para retrasos imputables al Concesionario Contenidas en el presente Contrato de Concesión".

El presente Tribunal considera entonces que, por lo tanto, no puede ahora OPAIN pretender trasladarle a la ANI, a través del presente arbitraje, **el riesgo** que claramente asumió al suscribir el Contrato. El arbitraje, en términos generales, no es ni debe ser un medio para que las partes obtengan lo que no lograron obtener en negociaciones libres y equilibradas.

-En tercer lugar, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Cláusula 24 del Contrato no puede ser calificada jurídicamente como una "*cláusula penal de apremio*" o "*sanción económica*" por las siguientes razones:

-Primera. La cláusula penal está contemplada por el artículo 1592 del Código Civil así:

"La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Sobre la cláusula penal, objetivos y funciones, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, el 25 de mayo de 2006 [radicación 1.748], se pronunció de la siguiente forma:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"Dada la inexistencia de la regulación por parte del Estatuto General de Contratación de la Administración sobre el tema de las multas, la cláusula penal pecuniaria y en general sobre cláusulas penales, se refiere la Sala a la ordenación de estas últimas en el derecho privado, pues considera que cuando en un contrato estatal se pacten estipulaciones bajo las primeras denominaciones, deben interpretarse bajo las reglas de las terceras, según se pasa a explicar.

Es necesario recordar que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato." (Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607).

Del párrafo transcrito, y en lo que tiene que ver con el concepto que se expondrá mas adelante, resalta la Sala los siguientes asertos que servirán de base al mismo:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

- *Ante todo, y a riesgo de ser superflua la advertencia, los términos sanción y pena, no son exclusivos del derecho sancionador, y en materia de contratos, no necesariamente hay que ser autoridad pública para poderlas exigir.*
- *Las cláusulas penales cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.*
- *La doctrina más autorizada, agrega que la cláusula penal también se emplea como garantía, la que "sólo se ofrece cuando la pena se estipula a cargo de un tercero, pues entonces, el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho garante"*
- *Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía.*
- *El pacto de las cláusulas penales facilita la exigibilidad del pago de los perjuicios causados, así como de la sanción convencional a manera de apremio o de garantía, pues al tenor del artículo 1599 del Código Civil "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."*
- *Este brevísimo recuento le permite a la Sala llamar la atención sobre el hecho de que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen las funciones de apremio, de garantía y de valoración de perjuicios de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código Civil. Estas funciones las cumplían, al menos parcialmente, las derogadas disposiciones del decreto ley 222 de 1983 sobre multas y cláusula penal pecuniaria.*
- *Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.*
- *Lo usual es que los deudores cumplan con las obligaciones a las que se han comprometido, haciendo el respectivo pago a su acreedor, quien*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

tiene derecho a exigirlo. Efectuado el pago se extingue la obligación y termina normalmente el contrato.

- Puede ocurrir que el deudor deshonre su compromiso, de manera que el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata, o reconviniéndolo para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y obligue a cumplir con lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo. Dicho de otra forma, en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esta fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento.

- Lo dicho, que se predica de todos los contratos, es también aplicable a las cláusulas penales, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción; salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que acudir al juez para que declare que el deudor está obligado a pagar el valor de la pena estipulada. Se anota que para exigir el pago de una cláusula penal no es necesario que el juez declare el incumplimiento del contrato basta que esté en mora o haya sido reconvenido, puesto que la proposición en la que se afirme el incumplimiento del deudor, no debe probarse dentro del proceso ejecutivo, según se explica más adelante.

- Del anterior aserto se desprende otra consecuencia que es conveniente reseñar: si la sanción pecuniaria estipulada en una cláusula penal es exigible aún por la vía ejecutiva, es obvio que también puede ser compensada por ministerio de la ley, tal como lo dispone el artículo 1715 del Código Civil.

- El profesor Hernando Morales Molina explica las anteriores afirmaciones en estos términos:

- 181. LA CLÁUSULA PENAL. "..."

- "Esta norma (artículo 1594 del cc.) implica: a) Que antes de la mora del deudor puede el acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, si fuere exigible, pues opera la regla general de la exigibilidad para ejecutar; b) Que después de la mora, que es indispensable para cobrar perjuicios, el acreedor no puede pedir al tiempo la obligación principal y la cláusula penal, sino una u otra, pues se cobraría dos veces la obligación, o sea en su objeto inicial y en su equivalente en dinero, salvo: 1. Que se trate de cláusula penal

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

moratoria y no compensatoria; 2, Que se haya estipulado la compatibilidad entre la pena y la obligación principal, o sea que aquella sea mera garantía."

- "Este principio se halla implícitamente reiterado en los Arts. 493, 495 y 504 del C. de P. C. que autorizan en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, jurar los perjuicios nacidos del incumplimiento de la obligación, "si no figuran en el título ejecutivo", lo que a contrario significa que la orden de pago debe comprender los perjuicios compensatorios o inóratenos que obren en dicho título, o sea la cláusula penal pactada conforme al Art. 1592 del C.C., que como dicen los autores de derecho civil, constituye el avalúo hecho por las partes de los perjuicios a que pueda dar lugar la inejecución (perjuicios compensatorios) o el retardo en la ejecución (perjuicios moratorios) de la obligación. Figuran también en el título ejecutivo los perjuicios, sea que así se denominen, o que se hable de multa, o que se trate de arras penales como adelante se verá,"

- "Luego, si el deudor ha sido constituido en mora de cumplir la obligación principal mediante requerimiento (art. 1595), lo cual se necesita aunque haya plazo vencido (art. 1608, num. 1, inc. Final), la cláusula penal compensatoria o moratoria debe ordenarse pagar en el auto ejecutivo, pero si se persigue la obligación principal basta su exigibilidad (salvo en las obligaciones de hacer que en todo caso requieren la mora) para que sea ejecutable, aunque sin el aditamento de la cláusula penal moratoria, en su caso."

- "Que la cláusula penal se presume compensatoria, excepto que las partes digan otra cosa, lo explica la Corte así; "Cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación en forma principal y se debe en el momento de la inejecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente" (G. J, No 1933, pág. 123)."

- "182. A la cláusula penal, por regla general pueden oponerse las mismas excepciones que a la obligación principal, entre ellas la de contrato no cumplido. Más para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a la que exista a favor del deudor en caso de contrato bilateral. El incumplimiento del acreedor ejecutante constituye excepción, tanto para la obligación principal según se dijo, como para efectos de mora del deudor, para poder cobrarle la cláusula penal.

- Trascrive la Sala in extenso la explicación del profesor Morales Molina, dada la autoridad intelectual del ya fallecido autor, como del hecho de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

englobar en unos pocos párrafos los puntos objeto del análisis que se hace

- Como en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración no existe una regulación de las cláusulas penales o de las multas o similares y el artículo 13 del mismo expresamente remite la regulación de los contratos a los Códigos de Comercio y Civil, las entidades estatales pueden acordar las cláusulas penales reguladas por el derecho privado a las que se ha hecho mención en éste acápite. Enseguida se ocupa la Sala de analizar los efectos de estos pactos bajo el régimen del citado estatuto"

Por su parte, el reconocido tratadista francés ALAIN BÉNABENT, por ejemplo, define las cláusulas penales como aquellas "[...] *que fijan anticipadamente en el contrato el monto de la indemnización por daños y perjuicios que será debido en caso de incumplimiento*" (la traducción y el subrayado son del Tribunal; A. Bénabent, *Droit des Obligations*, 15 edición, París: LGDJ, 2016, párr. 435).

La lectura de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio demuestra que ambas normas se aplican en caso de **incumplimiento contractual**:

- El artículo 1596 del Código Civil reza así:
"Art. 1596.- Derecho de rebaja de la pena. Si el deudor **cumple solamente una parte de la obligación principal** y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada **por falta de cumplimiento de la obligación principal**" (Negrillas del Tribunal).
- Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

*"ART. 867 [Cláusula Penal] – Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el **caso de incumplimiento, o de mora**, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla.

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte**" (Negrillas del Tribunal)*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

El texto mismo de la Cláusula 24 evidencia que ésta no comprende una cláusula penal. El 4% de dicha Cláusula no se aplica necesariamente en caso de incumplimiento de OPAIN y, por lo tanto, no puede ser considerado como un monto que se fijó anticipadamente por el Concedente de la indemnización por daños y perjuicios que podría eventualmente deberle el Concesionario. En efecto, dicha Cláusula, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

*"...Por lo tanto, **si por cualquier causa, imputable al Concesionario, a Aerocivil o constitutiva de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se produjera un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados, no hará parte de la remuneración del Concesionario y será depositado directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Estas sumas no serán transferidas a la Subcuenta Principal, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las Obras de Modernización y Expansión y suscribirse el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión"*(Negrillas del Tribunal).

Es entonces claro que el 4% se aplica con independencia de que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto se produzca por incumplimientos atribuibles al Concesionario o no. Las referencias a situaciones de Fuerza Mayor o Caso fortuito en la Cláusula 24 del Contrato no dejan la menor duda de que no puede ser calificada jurídicamente como "*cláusula penal*".

-Segunda: Tanto quien estructurara los pliegos de condiciones de la licitación y la minuta de contrato anexa a éstos (el Dr. ALVARO DURÁN) como el primer tribunal arbitral (en su laudo del 4 de octubre de 2012) coinciden, como fue reseñado más arriba, en que la Cláusula 24 del Contrato es un "*incentivo*" para que los trabajos se terminen a tiempo o, en el peor de los casos, lo más rápidamente posible.

Dado que, para el Tribunal, la Cláusula 24 del Contrato no puede ser calificada jurídicamente como "*cláusula penal*", el Tribunal considera que la calificación de "*incentivo*", no obstante la disminución de ingresos que implica para el Concesionario, tiene sentido y debe, por lo tanto, ser retenida. En consecuencia, los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio no pueden ser aplicados en este caso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

-Tercera: El análisis sistemático del Contrato (que responde al criterio de interpretación de los contratos del artículo 1622 del Código Civil) demuestra que, cuando las Partes quisieron prever multas, sanciones y cláusulas penales, lo hicieron con absoluta claridad. El Capítulo VIII del Contrato es elocuente al respecto. En especial, la Cláusula 64 del Contrato, denominada “*Cláusula Penal*”, comprende claramente una “*cláusula penal*”. En efecto, dicha Cláusula dispone lo siguiente:

"CLAUSULA 64 CLAUSULA PENAL

Si se declara la caducidad del Contrato [lo que solamente puede ocurrir por incumplimientos del Concesionario], se causará el pago de una Pena Pecuniaria, establecida en este Contrato a cargo del Concesionario, la cual será liquidada así [sigue el método de cálculo]”.

-En cuarto lugar, OPAIN ha invocado la teoría de la imprevisión o del desequilibrio económico del Contrato para justificar jurídicamente su Pretensión Tercera. OPAIN, sin embargo, no ha definido en ninguna parte:

- Cuál es la ecuación económica-financiera del Contrato cuyo equilibrio se habría roto;
- Y tampoco ha demostrado económicamente, directamente o a través de peritos economistas, en qué habría consistido dicha ruptura.

En consecuencia, el Tribunal debe rechazar este argumento.

-Por último, el Tribunal debe referirse a la sugerencia de OPAIN según la cual las negociaciones que tuvieron lugar entre las Partes para adaptar el 4% previsto en la Cláusula 24 del Contrato al estado avanzado de los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto habrían, de alguna manera, creado una confianza legítima en OPAIN en el sentido de que dicho 4% sería modificado.

Para el Tribunal, sin embargo, la alegación de OPAIN no es clara. No es claro si OPAIN aduce que la ANI incumplió una obligación de llegar a un acuerdo en tanto obligación de resultado; no es claro tampoco si OPAIN alega que la ANI rompió injustificadamente y de mala fe las negociaciones en curso; no es claro tampoco cuáles serían las consecuencias de lo anterior; no es claro tampoco si OPAIN arguye que las negociaciones entre las Partes modificaron de alguna manera la Cláusula 24 del Contrato. Lo que, para el Tribunal, es claro es que las negociaciones no llegaron a un feliz término, que dichas negociaciones no tienen el estatus jurídico para darle al Tribunal la autoridad de adaptar el Contrato y que la Cláusula 24 del Contrato no fue modificada por las Partes y, por lo tanto, debe ser aplicada tal y como fue negociada y suscrita de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

conformidad con el artículo 1602 del Código Civil (*"Art. 1602. – Ley contractual según la cual: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*).

2. Juramento Estimatorio y Costas.

En lo que corresponde al juramento estimatorio, destaca el Tribunal que pese a que no se accedió a la totalidad de las pretensiones en especial a la pretensión tercera de la demanda, no hay lugar a imponer en contra del Convocante la sanción de que trata el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que la misma sólo procede en los eventos en que las pretensiones de la demanda hayan sido negadas por ausencia de demostración de los perjuicios reclamados y cuando dicha imputación corresponda al actuar negligente o temerario de la parte, condición que claramente no se dio en el presente proceso arbitral, pues la denegación de las súplicas de la demanda corresponde a un asunto de fondo, tal como quedó explicado.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del Artículo 365 del Código General del Proceso, *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso"* y de igual forma en el numeral 5º de la norma en cita, se otorga la posibilidad al al juzgador de abstenerse de condenar en costas o imponer una condena parcial en casos como el presente, en la medida que no prosperan la totalidad de las pretensiones de la demanda, por lo que estima el Tribunal que en el presente caso se abstendrá de condenar en costas, teniendo además en cuenta la conducta procesal desplegada por las partes a lo largo de este arbitraje.

**CAPÍTULO QUINTO
PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, como Convocante y demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL.** como parte Convocada y Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de Falta de Competencia del Tribunal y Cosa Juzgada, propuestas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

SEGUNDO: En los términos dispuestos en la parte considerativa declarar la prosperidad de las pretensiones Primera y Segunda contenidas en la demanda presentada por la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**.

TERCERO: Negar la prosperidad de la Pretensión Tercera de la demanda formulada por **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.** por las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: Sin costas para ninguna de las Partes.

QUINTO: Ordenar la devolución a **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, de las sumas no utilizadas de la partida de gastos del Tribunal, si a ello hubiere lugar.

SEXTO: Una vez en firme este laudo arbitral, entregar a cada árbitro y al secretario, el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente. Por consiguiente, las partes deberán proceder a entregar, de forma inmediata, a los Árbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

SÉPTIMO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público.

OCTAVO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Dado en Bogotá D. C., a los 11 días del mes de julio de 2018.

MARTHA CLEMENCIA CEDIEL DE PEÑA
Presidente

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Arbitro

EDUARDO SILVA ROMERO
Arbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario